Cristiane Miziara Mussi

OS EFEITOS DO RECEBIMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO CONTRATO DE TRABALHO

Doutorado em Direito Previdenciário

PUC/SP
São Paulo/2007

Cristiane Miziara Mussi

OS EFEITOS DO RECEBIMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO CONTRATO DE TRABALHO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, sob orientação do Professor Doutor WAGNER BALERA.

PUC/SP
São Paulo/2007

Banca Examinadora

_____

_____

_____

_____

_____

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo geral a análise dos efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho. O reflexo de alguns benefícios previdenciários é evidente na relação trabalhista, o que demonstra a relevância jurídica, econômica e social deste estudo baseado na tentativa de resolver questões polêmicas e atuais desta área carecedora de pesquisa. Dentre as hipóteses mencionadas, encontramos a possibilidade de suspensão, interrupção ou extinção do contrato de trabalho, bem como a aquisição de estabilidade em virtude do recebimento de alguns benefícios previdenciários. Com relação aos aspectos teórico-metodológicos foram realizados coleta e estudo de artigos e demais doutrinas pertinentes ao assunto, não deixando de lado a legislação e jurisprudências relacionadas ao tema em análise. Os resultados alcançados com a tese nos reportam à conclusão de que os benefícios previdenciários concedidos por incapacidade suspendem o contrato de trabalho (após o décimo - sexto dia de afastamento do segurado); aqueles decorrentes de idade avançada ou tempo de contribuição, extinguem referido contrato e a estabilidade é garantida em caso de concessão de benefício acidentário ou em decorrência de maternidade. Os efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários podem ser observados inclusive durante o aviso prévio ou após o término do contrato de trabalho.

ABSTRACT

The main purpose of this study is to analyze the effects that the receipt of social security benefits have upon work contracts. The impact of some social security benefits is clearly evident in labor relations proving the legal, economic and social relevance of this study, which is based on the attempt to resolve current controversial issues arising in this area where research work is still lacking. Among the hypothesis mentioned, we have found the possibility of suspension, interruption or termination of the work contract, as well as the vesting of tenure rights as a result of receiving certain social security benefits. As to the theoretical-methodological aspects, we collected and studied articles and other doctrine pertaining to this subject, without disregarding the legislation and former court decisions on the matter. The results obtained with the thesis lead us to the conclusion that, the social security benefits granted due to disability cause the suspension of the work contract (after the 16th day of leave of the employee), the benefits granted due to retirement age or period of contribution cause termination of the work contract, and tenure rights are assured in case of workmen's compensation or maternity leave. The effects of the receipt of social security benefits can be observed also during prior notice of dismissal or after termination of the work contract.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

CAPÍTULO 1. FUNDAMENTOS SOCIAIS DO DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL 15

1.1 O Direito como construção social 15
1.2 A ideologia do Direito 19
1.3 A ideologia do Estado 24
1.4 Franquias individuais e direitos sociais 26
1.5 Os vícios da liberdade econômica e do liberalismo jurídico 30
1.6 Doutrina social da igreja 32
1.7 Declaração Universal dos Direitos Humanos 36

CAPÍTULO 2. A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E OS RISCOS SOCIAIS: CLASSIFICAÇÃO DOS FENÔMENOS SOCIAIS QUE MERECEM PROTEÇÃO E A IMPORTÂNCIA DE AMPARÁ-LOS 38

2.1 Processo de formação histórica do proletariado industrial 38
2.2 Da ordem social: finalidade e princípios correlatos 42
2.3 O trabalho como forma de cooperação social 46
2.4 Garantias constitucionais e leis de proteção ao trabalhador 49
2.5 Política do pleno emprego 55
2.6 Riscos sociais 60
2.6.1 Noção geral 60

2.6.2 Conceito 62

2.6.3 Classificação dos riscos sociais 70

2.6.4 Benefícios concedidos pela previdência social 75

CAPÍTULO 3. DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PREVIDENCIÁRIO: COORDENAÇÃO E SEPARATISMO 78

3.1 A unicidade do Direito 78

3.2 A divisão do Direito para fins didáticos 80

3.3 Conceito e espécies de autonomia: um enfoque no âmbito do Direito Previdenciário e Trabalhista 82

3.4 Direito Previdenciário e Direito do Trabalho: taxinomia, autonomia, sistematização e relações 87

3.5 Autonomia do Direito Previdenciário em relação aos demais ramos do Direito 97

CAPÍTULO 4. SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E O REGIME CELETISTA 102

4.1 Segurados da previdência social 102

4.1.1 Noção geral 102

4.1.2 Trabalhadores 105

4.1.2.1 Estudo etimológico 106

4.1.3 Classificação 107

4.1.4 Definição 109

4.1.5 Segurados da previdência social amparados pela Consolidação das Leis do Trabalho 114

CAPÍTULO 5. O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO E O RECEBIMENTO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS 116

5.1 Relação de emprego 116

5.1.1 Gênese dos contratos individuais de trabalho 120

5.1.2 Natureza jurídica da relação de emprego 122

5.1.3 Características 128

5.1.4 Elementos 130

5.1.5 Espécies 134

5.1.6 Conceito legal de empregado e de empregador 136

5.2 Benefícios previdenciários de responsabilidade da empresa pelo pagamento 142

5.2.1 Auxílio-doença (primeiros 15 dias) 142

5.2.2 Salário-maternidade 147

5.2.3 Salário-família 152

CAPÍTULO 6. EFEITOS DO RECEBIMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO CONTRATO DE TRABALHO 159

6.1 Descontinuidade executiva do contrato de trabalho 159

6.1.1 Considerações iniciais 159

6.1.2 A suspensão e a interrupção contratual como hipóteses de descontinuidade executiva do contrato e a extinção contratual 161

6.2 Os benefícios aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria especial e seus efeitos no contrato de trabalho 185

6.2.1 Origem 185

6.2.2 Conceito 190

6.2.3 A aposentadoria espontânea e seus efeitos no contrato de trabalho 192

6.3 Os benefícios por incapacidade e seus efeitos no contrato de trabalho 220

6.3.1 Aposentadoria por invalidez, invalidez sem aposentadoria e seus efeitos no contrato de trabalho 221

6.3.1.1 Origem 221

6.3.1.2 Conceito de invalidez 222

6.3.1.3 Requisitos para a concessão 225

6.3.1.4 Efeitos do recebimento da aposentadoria por invalidez no contrato de trabalho 228

6.3.2 Auxílio-doença 256

6.3.2.1 Origem 256

6.3.2.2 Conceito 259

6.3.2.3 Efeitos do recebimento do auxílio-doença no contrato de trabalho 261

6.3.3 Auxílio-acidente X acidente de trabalho 275

6.3.3.1 Análise conceitual 275

6.3.3.2 Efeitos do recebimento de benefício acidentário no contrato de trabalho 279

6.4 Salário-maternidade 291

6.4.1 Origem 291

6.4.2 Gravidez da empregada: proteção 294

6.4.3 Conceito 295

6.4.4 Efeitos do recebimento do benefício salário-maternidade no contrato de trabalho 297

CAPÍTULO 7. OUTROS EFEITOS GERADOS PELO RECEBIMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO CONTRATO DE TRABALHO 313

7.1 Efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários durante o aviso prévio 313

7.2 Efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários nos contratos por prazo determinado 322

7.3 Efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários após o término da relação de emprego 332

7.4 Efeitos do recebimento do benefício previdenciário para a contagem da prescrição qüinqüenal no Direito do Trabalho 338

CONCLUSÃO 354

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 363

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo abordar importantes questões relativas aos efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho.

O primeiro Capítulo busca o conceito jurídico e filosófico do Direito, a fim de demonstrar a necessidade de adequação da norma jurídica à experiência social, bem como a importância da análise do modelo jurídico de forma sistêmica. A formação da norma jurídica e a ideologia do Direito são utilizadas como fatores preponderantes no estudo deste Capítulo.

O paralelismo demonstrado ao longo da história entre o homem e o Direito, remete à necessidade de estudar - desde o início desta pesquisa - o fundamento jurídico e social do Direito, para então, após a percepção desta dimensão, aprofundar no objeto real desta tese.

Nesta seara, os princípios gerais do Direito são postos como contornos do modelo jurídico, que traçam suas bases sobre as quais repousam todas as normas.

A dogmática jurídica é tão mais perfeita quando em menor número as normas existam. Tais normas devem ser estudadas sistematicamente, já que a produção jurídica é o ordenamento jurídico no seu todo considerado.

Ainda neste capítulo é analisado o Direito da Seguridade Social, amplamente divulgado pela doutrina social da Igreja, ganhando características sociais e interferindo sobremaneira nos fatores econômicos e jurídicos.

O segundo Capítulo visa dar enfoque ao trabalho humano e à sua importância no contexto histórico-econômico-social. O trabalho passa a ser definido como garantidor das necessidades humanas básicas, sendo elevado à categoria de atividade para satisfação do bem-comum. Com efeito, o trabalhador será considerado alicerce do desenvolvimento econômico e social.

Neste Capítulo, é analisada a proteção constitucional dada ao trabalho e ao trabalhador. Tal conquista é fruto de longos manifestos e representa a maior vitória do brasileiro, já que através do trabalho é consagrada a dignidade da pessoa humana. Sem trabalho dignificante, sem proteção ao trabalhador, a sociedade vê o fenômeno do baixo desenvolvimento na esfera econômica e social, além do fator exclusão social.

Como meio de proteção ao trabalhador, foi consignada a noção de risco social, como evento futuro e incerto, causador de necessidades sociais. O sistema de seguridade social funciona, nesse sentido, como apaziguador destas situações de necessidade, protegendo o trabalhador e garantindo-lhe meios para manter sua dignidade, através da concessão dos benefícios previdenciários.

Ainda neste capítulo são classificados os riscos sociais, demonstrando que o constituinte arrolou no artigo 201 (CF/88) os riscos que expressam o fator necessidade e que, portanto, merecem proteção: doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego, reclusão.

No Capítulo 3 é traçado um paralelo entre o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho, demonstrando que, embora haja semelhança entre os institutos, a autonomia para fins didáticos prevalece.

Desta feita, verifica-se que embora o Direito seja considerado uno, para fins didáticos admite divisão em ramos, conforme estes sejam considerados independentes.

Tanto o Direito Previdenciário quanto o Direito do Trabalho são autônomos e estudados separadamente, sendo que ambos se assemelham apenas no fato de protegerem o trabalhador.

Em continuidade ao estudo, o Capítulo 4 demonstra quais trabalhadores são protegidos pela legislação previdenciária, fazendo distinção em relação aos trabalhadores amparados pela legislação celetista. O Direito Previdenciário é mais amplo do que o Direito do Trabalho do ponto de vista protetor, vez que protege todas as classes de trabalhadores que exercem atividade remunerada (empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual e segurado especial, exceto os servidores públicos estatutários e militares), enquanto esse protege exclusivamente o empregado, assim entendido como pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Aprofundando a pesquisa, o Capítulo 5 delimita conceitualmente o que vem a ser contrato individual do trabalho e estabelece os benefícios previdenciários que estão ligados à relação de emprego. Assim, são analisados desde a natureza, características, elementos e espécies de relação de emprego até o conceito legal de empregado e empregador.

No desenvolvimento deste capítulo, são destacados alguns benefícios que, embora de natureza previdenciária, devem ser pagos pelo empregador, durante a vigência do contrato de trabalho. São enumerados

dois benefícios cujo pagamento é de responsabilidade da empresa, devendo esta posteriormente deduzir o montante pago dos valores devidos a título de contribuições sociais ao Instituto Nacional do Seguro Social: salário-maternidade (durante cento e vinte dias) e salário-família (enquanto durar a relação de emprego). O auxílio-doença (referente aos primeiros quinze dias) é de responsabilidade exclusiva do empregador.

O Capítulo 6 demonstra os efeitos que os benefícios previdenciários causam no contrato de trabalho. Nesta análise, benefícios como aposentadoria por idade, por tempo de contribuição, por invalidez, especial, auxílio-doença e salário-maternidade, terão estudo privilegiado por demonstrarem grande interferência nos contratos de trabalho.

Releva observar situações em que o contrato de trabalho fica suspenso, interrompido ou extinto, como conseqüência do recebimento de benefício previdenciário. Outras situações também serão verificadas, podendo ser mencionadas aquelas em que o segurado adquire estabilidade provisória (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez em virtude de acidente de trabalho e salário-maternidade).

Para finalizar, no capítulo 7 são abordados outros efeitos em decorrência do recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho. Destarte, mesmo durante o aviso prévio, ou após o encerramento do referido contrato, efeitos relacionados a benefícios previdenciários são verificados.

A grande dificuldade de delinear o tema proposto dá-se em virtude da escassez doutrinária que cerca o tema. Ocorre que a relevância deste assunto no mundo jurídico é evidente. Diuturnamente observa-se que a

concessão de alguns benefícios previdenciários faz emergir grandes efeitos sobre o contrato de trabalho, urgindo delimitar e questionar qual o seu alcance.

Em vista desta problemática, o estudo desenvolvido tem como objetivo geral a busca de dados que demonstrem a importância do recebimento dos benefícios previdenciários face o contrato de trabalho. Especificamente, visa estudar o Direito Previdenciário e sua autonomia e relação com o Direito do Trabalho, a formação jurídica do contrato entre empregado e empregador, os efeitos jurídicos do recebimento de benefício previdenciário no contrato laboral, bem como identificar as possíveis falhas advindas de questões pendentes entre a concessão do benefício previdenciário ao empregado e a sua ligação direta com o contrato de trabalho.

Do ponto de vista metodológico, são realizados coleta e estudo de artigos e demais doutrinas pertinentes ao assunto, não deixando de lado a legislação e jurisprudências correlatas ao tema em análise.

CAPÍTULO 1 FUNDAMENTOS SOCIAIS DO DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

1.1 O Direito como construção social

A ciência do Direito tem como objetivo primordial a própria análise do ser humano. Para tanto, é preciso verificar a multiplicidade de atos e modificações a que este está sujeito. O pensamento humano vaga por uma zona destrutível, já que tendente a mutações perceptíveis ao longo do tempo.

PONTES DE MIRANDA afirma que "somente duas realizações são indestrutíveis na vida social e, pois, no Direito: o indivíduo e a universalidade humana, o espécime e o genus humanum. Tudo o mais são formas frágeis intermediárias [...], que podem mudar, e mudam, segundo os fatores de tempo e lugar".[1]

O comportamento do homem representa, destarte, o reflexo das modificações sociais e o Direito é tão mais evoluído se souber acompanhar as transformações as quais o homem está sujeito.

---

[1] Miranda, Pontes. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. 2. ed. v. 1. Campinas/SP: Bookseller, 2005, p.54.

A ciência do Direito é fundamentada no conhecimento humano. É função do legislador dedicar-se ao homem e às suas necessidades, compatibilizando-as com o mundo jurídico.

Com isso, o legislador realiza a construção social. O edifício jurídico é fundamentado no contexto em que a sociedade se coloca e segundo as necessidades emergentes.

Confirmando esse entendimento, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR afirma que:

> Estudar a ciência jurídica é aprender a elaborar esses sistemas, é dominar-lhes os princípios de construção, é saber distinguir para depois integrar de forma coerente. Para realizar essa construção é que o jurista elabora seus conceitos, que têm ostensiva função operacional. Eles servem para operacionalizar a tarefa de sistematização. São por isso conceitos operativos: com eles se operam definições, classificações, sistemas.[2]

O Direito é instituto ligado diretamente à idéia de liberdade. O homem é livre em pensamento e em atos, desde que não fuja às regras socialmente e juridicamente impostas. O Direito confere a liberdade ao homem de agir conforme suas convicções e anseios, não ultrapassando a idéia de igualdade e dignidade humana. A liberdade existe dentro de cada ser humano e nos moldes daquilo que é considerado justo.

---

[2] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 98.

Sob tais perspectivas, o Direito evolui segundo o ideal de justiça. Para PONTES DE MIRANDA, "a nova orientação da ciência jurídica é uma das mais altas conquistas que poderá ter alcançado até hoje o espírito humano"[3]

A ciência jurídica busca não só a idealização, mas também a execução da justiça. O mundo social permite construções jurídicas, reconhecendo a validade destas.

Tanto o Estado, quanto o Direito têm sua fonte na experiência social. Daí dizer-se que o Direito está intimamente ligado às diversas formas de Estado. Desta maneira, é necessário observar a sociedade nas suas relações concretas.

Certo é que o Direito deve se adequar à realidade da vida e não o inverso. O retrato da convivência humana demonstra que a produção normativa não é simples instrumental utilizado pelo legislador, mas a finalização momentânea do trabalho em que a sociedade é analisada sistematicamente.

Assim, somada à atividade criadora do legislador, existem as diversas situações presenciadas cotidianamente, que precisam ser normativadas para a segurança e a ordem social. Ideologias são traçadas e uma grande perspectiva gira em torno da função legislativa.

Este fato demonstra que "o direito não tem um ser-em-si que se possa considerar objetivamente; ele não se autoconstitui em virtude de potencialidade ontológica, mas é permanentemente constituído pela

---

[3] **Op. cit.;** vol.1, p. 60.

experiência social à medida que se problematizam os conflitos sociais e respectivas soluções normativas".[4]

Dessa análise social, o legislador cria modelos. O modelo visa apreender a conduta típica, transformando-a em padrão ideal.

No plano ideal, a norma garante à sociedade valores e direitos que lhes são inerentes. No plano real, são identificados os limites da função social da norma.

Para MIGUEL REALE[5], existem duas espécies de modelos: os jurídicos propriamente ditos e os dogmáticos. A experiência jurídica cria a norma segundo valores, com o intuito de que seja aplicada a comportamentos futuros.

Na concepção do Direito como modelo, constata-se que o objeto do Direito é a atividade humana consigo própria, com o outro e com a comunidade organizada no Estado. Sendo a norma um modelo, o estudo do Direito representaria o estudo das normas. Sistematicamente considerado, o Direito representa modelo formado por um conjunto de normas.

Não parece coerente dizer que quanto maior o número de normas, mais estará o homem protegido, vez que quanto mais evoluído o sistema, menor o número de normas a protegê-lo. O sistema é bastante suficiente quanto mais simplificado for.

---

[4] COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3 ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2003, p.396.

[5] REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 162.

Verifica-se, assim, a necessidade de adequar o modelo à experiência humana, condensando-o num menor número de normas a fim de ajustar de forma sistêmica o Direito. Por isso, é preciso analisar o Direito sistematicamente considerado, como modelo que é.

A idéia é o Direito como modelo de coesão e equilíbrio. Transcrevendo o pensamento de PONTES DE MIRANDA, "o direito tende cada vez mais a ser ciência do equilíbrio jurídico, como a economia a do equilíbrio econômico; mas com isso não se exclui o dever de se ater o investigador, exclusivamente e pela maneira mais rigorosa, à observação dos fatos (relações sociais)".[6]

1.2 A ideologia do Direito

O termo "ideologia" advém de idéias consagradas pelo indivíduo ou por grupo de pessoas.

Como ciência, a ideologia é considerada estudo das idéias. Representa, por certo, aspiração da doutrina, Estado, Governo.

Originária de convicções, a ideologia parte do campo abstrato à aplicação concreta pelos seus idealizadores.

O Direito tem sua ideologia baseada na conduta humana. Certamente, há relação de dependência entre o indivíduo e o Direito. No

[6] MIRANDA, Pontes. **Op. cit.**; v. 1, p. 65.

entanto, o Direito é guiado por suas ideologias de forma objetiva, não mudando seu transcurso diante da ilegalidade praticada pelo homem, mas se aperfeiçoando diante desta.

Como ideologia, o Direito não é considerado verdade universal. Sua base ideológica está em estabelecer coesão entre a ordem social e a ordem jurídica. Já a ideologia do Direito visa atender as necessidades humanas, através do equilíbrio, na verdadeira tradução da igualdade, justiça e dignidade.

A partir da análise sistemática do Direito, denota-se que este é o grande meio de controle social. Nesta seara, o instrumental de que se vale o Direito para cumprir a função social é a própria lei, que regra o comportamento humano, sendo coercitivamente aplicada.

Na Antigüidade Clássica o Direito é visto como prudência (dando origem à terminologia jurisprudência, do Direito Romano). Constata-se que o Direito era considerado fenômeno de ordem sagrada.

Avançando na história, na Idade Média identifica-se o Direito como dogma, embora ainda com traços que consagram sua dimensão sagrada. No dizer de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR:

> A concepção jurídica do poder, ensaiada pelos juristas medievais por meio de suas técnicas dogmáticas e fundada na noção de soberania, foi uma visão circular e eminentemente ética, no sentido de que o respeito à lei devia ser algo primário nas relações de governo: os objetivos do poder são o bem

> comum, o bem comum é a obediência às leis que o poder prescreve.[7]

Com o Renascimento advém a era moderna, passando o Direito a ser racional, dando abertura ao desenvolvimento da sistemática jurídica.

O pensamento político do século XIX demonstra o caráter mutável do Direito e a sua consolidação e reformulação a partir de dados históricos. Na explanação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR:

> A ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente.[8]

Tal evidência denota ainda a constatação de que a validade da norma está intimamente ligada ao ordenamento ao qual está vinculada.

É ilusório pretender um Direito posto e imutável. A sociedade, desde os primórdios da civilização, busca a satisfação de suas necessidades, o que acarreta uma série de alterações jurídicas e sociais.

Por isso, de início, emerge a idéia de escambo. O homem se manifesta na sociedade através dos seus produtos. Num segundo momento, na Antigüidade, o Direito mostra-se através da ação (compra e venda). Já na era moderna, aparece a figura do trabalhador e a sua importância na

---

[7] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Op. cit**.; p. 65.
[8] **Ibid.**, p. 82.

produção de normas. O excesso de máquinas surgidas com a Revolução Industrial acabou desvalorizando a figura do trabalhador, o que acarretou a procura por melhores condições de trabalho e maiores garantias e as obteve, através das normas de proteção ao trabalhador.

Observando o contexto histórico, na Idade Média parte-se do poder absoluto do senhor feudal, para atingir o objetivo máximo de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, através da República Federativa do Brasil (Constituição Federal de 5 de outubro de 1988). Tal fato se deu a partir do momento em que os trabalhadores passaram a ser protegidos. A necessidade de proteção do trabalhador é latente, vez que todo sistema social se vê ameaçado quando o trabalhador não possui aparato protetivo.

A figura do trabalhador como hipossuficiente aparece em meio ao descaso e/ou impotência do Estado. Este oferece formas de proteção ao hipossuficiente (como ocorre no Direito do Trabalho e no Direito Previdenciário), mas se esquece de criar possibilidades de acabar com essa classe economicamente frágil.

No dizer de CESARINO JÚNIOR e MARLY CARDONE:

> Do ponto de vista econômico, os homens se dividem em proprietários e não proprietários, isto é, ricos e pobres.
>
> Aos não proprietários, que só possuem sua força de trabalho, denominamos hipossuficientes. Aos proprietários de capitais, imóveis, mercadorias, maquinaria, terras, chamamos auto-suficientes. Os hipossuficientes estão, em relação aos auto-suficientes, numa situação de hipossuficiência absoluta, pois dependem, para viver e fazer viver sua família, do produto de seu trabalho.
>
> [...]

> Mas há ainda uma outra categoria, a dos hipersuficientes. Estes são auto-suficientes em posição econômica superior. Os auto-suficientes estão, em relação aos hipersuficientes, numa situação de hipossuficiência relativa, pois podem ser eliminados da concorrência pelo hipersuficiente.[9]

Confirmando esse entendimento, LUIZ FERNANDO COELHO dispõe que:

> Em outras palavras, o direito do trabalho deve sua razão de ser à desigualdade real que caracteriza a sociedade dividida em classes: deve-se proteger o hipossuficiente porque ele vive uma dura realidade, mas deve-se protegê-lo sob a condição de que ele permaneça nesse estado de hipossuficiência, embora protegido pelas leis trabalhistas; a situação social de desigualdade real deve permanecer inalterada, pois a mudança não convém aos detentores do poder, que são os que fazem as leis e possibilitam a existência do próprio direito do trabalho dentro do sistema do direito positivo[10].

Na realidade, a sociedade é formada por classes heterogêneas, significando que são formalmente iguais, mas concretamente desiguais.

É preciso destacar que a legislação que protege o hipossuficiente (como a Consolidação das Leis Trabalhistas e a Legislação Previdenciária), traz a igualdade formal (posta na lei abstratamente considerada), sendo que a desigualdade real é cada vez mais materializada diante do poder patronal e do poder estatal.

O Estado que se fundamenta na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no

---

[9] CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito Social**: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho. 2.ed, v. I. São Paulo: LTr, 1993, p. 32.

[10] COELHO, Luiz Fernando. **Op. cit.;** p. 543.

pluralismo político (art. 3.º, Constituição Federal de 1988), acaba criando situações de desigualdade, ainda que normativamente proteja o hipossuficiente.

Infelizmente, as diferenças sociais são embutidas no pensamento da sociedade através do próprio Estado, que ao mesmo tempo em que considera o trabalho como garantidor da dignidade humana, oferece baixos salários, atividades muitas vezes precárias e falta de eficiente fiscalização.

É perceptível assim, a noção de um Direito que, no plano ideal, dignifica o homem mas, que no plano real, ainda é formado por conceitos ultrapassados da sociedade, sendo explicado segundo métodos arcaicos.

1.3 A ideologia do Estado

Ideologicamente considerado, o Estado é originário da reação social ao longo da história. O Estado como ideologia representa a propagação do bem-comum. Há que se observar que o Estado surge e se manifesta por meio das ações humanas.

O Estado deve ter legitimidade, atuando conforme os fundamentos da ordem jurídico-social. Deste entendimento, extrai-se que o Estado assume o papel de garantidor da paz, justiça e igualdade sociais.

Se a dignidade humana é a chave mestra de todo desempenho do Estado, a economia acaba sendo a garantidora do Estado, visto que este não sobrevive sem uma economia propulsora de bons resultados.

Esta ressalva tem o propósito de demonstrar que hodiernamente o Estado não se mostra apenas como garantidor da ordem pública e do Direito, como também prestador de serviços e impulsionador da economia.

O protagonista nesta jornada é o próprio trabalhador que espera proteção do Estado e busca condições dignas de trabalho.

O fim principal do Estado não é a proteção do trabalhador, mas sim o bem comum que será conseqüência direta da proteção daquele.

Para tanto, o Estado deverá seguir os princípios gerais do Direito, como também outros que lhes são inerentes, para que o ideal democrático e igualitário seja resguardado.

O ordenamento jurídico positivo traz os princípios gerais do Direito como verdadeiros alicerces na interpretação da norma posta, além de suprirem eventuais lacunas na lei. Não bastasse esse entendimento, os princípios gerais do Direito atuam como norte do legislador e fundamento do Estado Democrático de Direito.

De acordo com TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, os princípios gerais do Direito "não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte de duas regras estruturais [...], dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão".[11]

Elencam tais princípios a amplitude do Direito e os conceitos fundamentais de justiça.

---

[11] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Op. cit.;** p. 247.

Segundo LUIZ FERNANDO COELHO:

> [...] a teoria crítica do direito atribui aos princípios gerais um alcance muito mais abrangente, pois não se trata somente de diretrizes, mas de pressupostos construídos pela ideologia com o intuito, declarado ou não, de ocultar a realidade social, substituindo-a por uma mitologia jurídico-política apresentada sob a aparência de verdades racionais, ou de valores perenes conquistados pela civilização, evidentemente a civilização dos que sempre fizeram a história; e a história do direito é a história dos vencedores, que acaba por transformar-se numa retórica de legitimação das estruturas sociais impostas pelos vencedores, que se transmutam em opressores.[12]

Por trazerem o alicerce do Direito, seus princípios gerais servirão de base a qualquer pesquisa jurídica, consubstanciando a importância de sua aplicabilidade no sistema vigente. Na extensão de sua aplicabilidade, dão estrutura ao sistema e não podem ser ignorados, sob pena de acabar com o seu fundamento social e jurídico.

Seguindo os princípios gerais do Direito, o Estado mantém estruturada a sociedade e normatizada a justiça.

1.4 Franquias individuais e direitos sociais

Franquia, conceitualmente considerada, é tida como “ação de franquear; isenção; regalia; asilo”[13]. Representa, certamente, direitos e preferências.

---

[12] COELHO, Luiz Fernando. **Op. cit.;** p. 526.

[13] MAIA JR., Raul; PASTOR, Nelson (coord.). **Magno dicionário brasileiro de língua portuguesa**. São paulo: Difusão Cultural do Livro, 1995, p. 442.

A designação de franquia individual surgiu da idéia de que o Estado era garantidor da proteção do indivíduo considerado isoladamente. Franquia significava as garantias que o Estado - enquanto detentor do poder - deveria conceder ao indivíduo.

Diante do panorama evolutivo do Direito, constata-se que na Antigüidade o Estado era indiferente aos direitos sociais, sendo que, na Idade Média, com o desenvolvimento da sociedade e da economia, passa-se à preocupação com a figura do trabalhador e com os direitos sociais. Não se fala mais em franquias individuais, mas em direitos sociais. O Estado passa a se voltar para a proteção social, garantindo direitos básicos à população.

Fala-se até em pirâmide de franquias democráticas, na qual o homem surge como ser individualmente considerado, ganhando maior importância ao chegar ao topo da pirâmide resguardado pelos direitos sociais. O Estado, a princípio detentor de todo poder e soberania, concede aos cidadãos direitos civis e políticos, a partir da Revolução Francesa de 1789.

Desde então, os direitos dos cidadãos passaram a ser protegidos, embora muitas vezes insuficientes diante das necessidades da população. Ora, não era suficiente a concessão de direitos civis e políticos, já que a sociedade clamava pela existência de direito sociais.

Com a Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra no século XVII, tem início a questão social[14], em que o homem passa a buscar tais direitos

[14] Para OMAR GONÇALVES DA MOTTA, "questão social é o problema do desajustamento entre as classes em que se divide a sociedade; em sentido amplo, a questão social é o problema dos males que afligem a sociedade, e dos remédios propostos para curá-los". (**Direito Administrativo do Trabalho**, p. 17). Na definição de MOZART VICTOR

sociais, exigindo melhores condições de trabalho, bem como a proteção diante da ocorrência dos chamados riscos sociais[15].

A Revolução Mexicana conduz à Constituição de 1917, pioneira ao tratar dos direitos do trabalhador.

A Revolução Russa de 1917 veio evidenciar ainda mais a necessidade de proteção dos direitos sociais.

Ainda no século XX, na Alemanha, com a Constituição de Weimar em 1919, o Estado passa a interceder pelos direitos e garantias do homem. E assim, pouco a pouco, o Estado intervém na Ordem Social, ao invés de restringir seus atos à Ordem Econômica e Política.

Como se isso não bastasse, surgiram as duas grandes guerras: 1.ª Grande Guerra: 1914-1918 e 2.ª Grande Guerra: 1939-1945, que acabaram sendo importantes no chamamento do Estado no que se refere à urgência do mesmo em proteger os indivíduos. A sociedade clamava por proteção.

Finalmente, em 1948, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem – de grande relevância jurídica e social – editada pela Organização das Nações Unidas, importando para o presente estudo destacar o artigo 23, *in verbis*:

RUSSOMANO, "a questão social pode ser tomada em dois sentidos opostos: em um primeiro sentido, envolve a análise de todos os males – físicos, morais, econômicos e políticos – que afligem a sociedade, que afundam parte do povo no lamaçal da miséria, da pobreza, da ignomínia, derramando, sobre a cabeça da minoria triunfante, as cornucópias da fortuna e da glória. Em segundo sentido, mais restrito e preciso, a questão social é a luta de classes". (**O empregado e o empregador no Direito Brasileiro**, p. 55).

[15] Evento futuro e incerto que, ocorrendo, traz prejuízo a toda sociedade.

> Art. 23. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições eqüitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. Quem trabalha tem direito a uma remuneração eqüitativa e satisfatória, que permita à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

No pensamento de EVARISTO DE MORAES FILHO:

> Os novos direitos sociais, daí oriundos, não mais se confundiam com os direitos individuais das clássicas declarações. Não se tratava mais de franquias asseguradas aos indivíduos como tais, assim considerados isoladamente, indistintamente. Não, pelo contrário: procurava-se dar figura jurídico-constitucional a um novo tipo de direito, caracterizando-se os indivíduos como pessoas sociais, como seres situados, com status, como exercentes de uma profissão, como desempenhando concretas tarefas sociais na estrutura e na estratificação social[16].

Enquanto os direitos individuais eram tidos como garantias limitativas do poder Estatal (caráter negativista, em que não pode ser feito aquilo que contraria os direitos civis e políticos individuais), os direitos sociais passam a ser considerados como franquias (garantias) positivas do Estado, já que não representam simples limite, mas uma conduta positiva (fazer ou não fazer) do Estado (caráter positivo, afiançando direitos a toda a sociedade).

A própria Constituição de 1934, ainda que de modo acanhado, já tratava dos direitos sociais. No entanto, vinham inseridos no capítulo sobre a

---

[16] MORAES FILHO, Evaristo de. **Temas atuais de trabalho e previdência**. São Paulo: LTr, 1975, p. 16.

“Ordem Econômica e Social”, como normas programáticas de cunho genérico e de vigência politicamente condicionada.

Em seguida, a Constituição de 1937 trouxe extenso rol de direitos sociais e trabalhistas. Mas, só em 1988, com o surgimento da Constituição Cidadã, que os direitos sociais foram amplamente resguardados, garantindo logo no Título II, no Capítulo que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o artigo 6.º, *in verbis*:

> Art. 6.º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Observe-se que a Constituição Federal traz títulos específicos e distintos relacionados aos direitos e garantias fundamentais (Título III), da ordem econômica e financeira (Título VII), da ordem social (Título VIII).

1.5 Os vícios da liberdade econômica e do liberalismo jurídico

No século XVIII surgiu a expressão francesa “laissez-faire” (deixem fazer, deixem passar), que trazia o liberalismo econômico. Seus defensores entendiam que o mercado deveria funcionar livremente, ou seja, sem qualquer interferência.

Nesta época, o Estado se abstém das relações laborais.

No entanto, embora o liberalismo tenha sido uma conquista da Revolução Francesa, acabou por acentuar (ao invés de atenuar) a

miserabilidade e a desigualdade social. Este cenário pôde ser verificado no século XIX.

A realidade social verificada a partir do século XIX demonstrava o fim do liberalismo econômico e a necessidade de proteção ao trabalhador cada vez menos amparado.

A massa trabalhadora se via diante de alguns problemas:

a) possuía um único recurso retirado através da prestação do trabalho;

b) insuficiência dos salários pagos;

c) insegurança no trabalho, em razão da falta de proteção quando da ocorrência de um infortúnio.

Era preciso garantir o salário do trabalhador, já que a assistência social não conferia ao sujeito uma contraprestação específica.

Havia evidente urgência de melhoria das condições de trabalho, da mesma maneira que o mercado exigia reformulação da legislação até então vigente. O trabalhador merecia proteção. Eram necessárias algumas normas sociais mínimas.

Enquanto o trabalhador sofria as conseqüências do exercício de um trabalho subumano, o empregador visava aumentar sua lucratividade, criando regras dentro do mercado de consumo, delimitando a qualidade dos produtos e serviços, estabelecendo verdadeira restrição ao chamado liberalismo econômico até então vigente.

Assim foi que o liberalismo econômico, almejando melhores condições do mercado, acabou por acarretar, tempos depois, um desenvolvimento econômico criador do “trabalho maquinizado” e da queda da teoria contratual clássica.

Existia perfeito desequilíbrio nas relações contratuais, seja entre empregado/empregador, seja entre fornecedor/consumidor.

Era momento do direito liberal dar lugar ao direito social. O Estado deveria adaptar sua estrutura à nova realidade social.

Havia a necessidade não só do Estado fazer leis de proteção ao trabalhador, como também de criar mecanismos eficientes de controle do empregador. E, uma forma do Estado concretizar esta proteção, foi enraizada pelo discurso da Igreja.

1.6 Doutrina social da igreja

A Encíclica “Rerum novarum”[17], do PAPA LEÃO XIII (15 de maio de 1891), traz a idéia da caridade, ao consagrar esta como a “senhora e rainha de todas as virtudes”. Esta Encíclica trata da condição dos operários, sendo o marco histórico tanto na doutrina social da igreja, como no próprio Direito do

[17] **Carta Encíclica Rerum Novarum** do Papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 19/12/2006.

Trabalho. A mencionada Encíclica representa o início da participação de Igreja na solução da questão social.

Para o PAPA LEÃO XIII, a questão social é reconhecida, embora a Igreja esclareça que não possui uma solução eficaz. Ao tratar da proteção do trabalho dos operários, das mulheres e das crianças na Encíclica Rerum Novarum, aludido Papa anuncia:

> Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso de fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso que, de quando em quando, se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem[18].

Em relação ao trabalho, o PAPA LEÃO XIII deixa claro que este deve ser realizado em condições dignas, não podendo ser exigidos sacrifícios do homem, da mulher e da criança de tal forma que lhe sugue as forças: descanso, proteção e remuneração justa fazem parte daquilo que a Igreja prescreve.

Nos ensinamentos do PAPA LEÃO XIII existe a necessidade da união entre o capital e o trabalho, não subsistindo um sem o outro. Mas não basta ter trabalho: este deve ter sua base na dignidade, sendo as relações dele decorrentes pautadas na justiça e na eqüidade.

---

[18] **Ibid**.

PIO XI, na “Divini Redemptoris”[19] (Encíclica Quadragésimo Anno – 15 de maio de 1931), contemplou “os direitos e a dignidade do trabalho humano, as relações do mútuo apoio e auxílio que devem existir entre o capital e o trabalho, e o salário, indispensável ao operário e a sua família, que por justiça lhe é devido”. Acabou, deste modo, ratificando aquilo que havia sido dito pela Rerum Novarum.

A Encíclica “Mater et Magistra”[20] (maio de 1961) e a “Pacem in terris”[21] (abril de 1963) foram elaboradas pelo PAPA JOÃO XXIII. A idéia da Igreja era a de dar solução à questão social.

Em 1967 surge outra Encíclica denominada “Populorum Progressio”[22] pelo PAPA PAULO VI, referindo-se ao problema da questão social.

JOÃO PAULO II, por sua vez, enfatiza sua preocupação com a grande desigualdade social verificada no mundo. Para ele, só haveria bem comum se a sociedade fosse justa.

---

[19] **Carta Encíclica Divini Redemptoris** de sua Santidade o Papa Pio XI sobre o Comunismo Ateu. Disponível em: < http://www.montfort.org.br/index.php?secao=documentos&subsecao=enciclicas&artigo=divini_redemptoris&lang=bra>. Acesso em: 19/12/2006.

[20] **Carta Encíclica Mater Et Magistra** de sua Santidade o Papa João XXIII sobre a Evolução da Questão Social à Luz da Doutrina Cristã. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html>. Acesso em: 19/12/2006.

[21] **Carta Encíclica Pacem in terris** de sua Santidade o Papa João XXIII sobre a paz de todos os povos na base da verdade, justiça, caridade e liberdade. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html>. Acesso em: 19/12/2006.

[22] **Carta Encíclica *Populorum Progressio*** de sua Santidade o Papa Paulo VI sobre o desenvolvimento dos povos. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum_po.html>, acesso em 19/12/2006.

A Encíclica “Laborem Exercens”[23], de agosto de 1981 de JOÃO PAULO II, deu ênfase à importância dos sindicatos e dos problemas relativos à dignidade do trabalho, preocupando-se, em especial, com a situação do homem do campo, o problema dos aposentados e dos migrantes.

Passados quase dez anos, JOÃO PAULO II divulgou outra Encíclica denominada “Centesimus Annus”[24], de 1.º de maio de 1991.

Em 25 de dezembro de 2005 foi elaborada a Carta Encíclica “Deus Caritas est”[25] pelo PAPA BENTO XVI. Ao tratar da justiça e caridade, delimitou que:

> É verdade que a norma fundamental do Estado deve ser a prossecução da justiça e que a finalidade de uma justa ordem social é garantir a cada um, no respeito do princípio da subsidiariedade, a própria parte nos bens comuns. Isto mesmo sempre o têm sublinhado a doutrina cristã sobre o Estado e a doutrina social da Igreja. Do ponto de vista histórico, a questão da justa ordem da colectividade entrou numa nova situação com a formação da sociedade industrial no Oitocentos. A aparição da indústria moderna dissolveu as antigas estruturas sociais e provocou, com a massa dos

---

[23] **Carta Encíclica Laborem Exercens** de sua Santidade o Papa João Paulo II dirigida aos veneráveis Irmãos no Episcopado aos Sacerdotes às Famílias religiosas aos Filhos e Filhas da Igreja e a todos os Homens de Boa Vontade sobre o Trabalho Humano no 90° aniversário da Rerum Novarum. Disponível em: < http://benedictumxvi.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens_po.html>. Acesso em: 19/12/2006.

[24] **Carta Encíclica Centesimus Annus** de sua Santidade o Papa João Paulo II dirigida aos veneráveis Irmãos no Episcopado ao Clero às Famílias religiosas aos Fiéis da Igreja Católica e a todos os Homens de Boa Vontade no centenário da Rerum Novarum. Disponível em: < http://www.vatican.edu/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html>. Acesso em: 20/12/2006.

[25] **Carta Encíclica Deus Caritas est** de sua Santidade o Papa Bento XVI dirigida aos bispos
aos presbíteros e aos diáconos às pessoas consagradas e a todos os fiéis leigos sobre o amor cristão. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est_po.html>. Acesso em: 20/12/2006.

> assalariados, uma mudança radical na composição da sociedade, no seio da qual a relação entre capital e trabalho se tornou a questão decisiva — questão que, sob esta forma, era desconhecida antes. As estruturas de produção e o capital tornaram-se o novo poder que, colocado nas mãos de poucos, comportava para as massas operárias uma privação de direitos, contra a qual era preciso revoltar-se.

1.7 Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU), tendo o Brasil como um de seus países signatários.

Numa visão apriorística, esta Declaração de caráter internacional, trouxe a seguridade social como direito conferido a todos, sem distinção.

O artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que:

> Art. 22. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 25), “toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, seu bem-estar e os de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a habitação, os cuidados médicos, assim como para os serviços

sociais necessários. Toda pessoa tem direito à educação, ao trabalho e à seguridade social". (grifo nosso)

Resulta claro que a seguridade social é dependente da solidariedade social, concedida de forma inerente a todo cidadão. Para tanto, o esforço de toda nação faz-se necessário.

Através da cooperação nacional, valores éticos são alcançados, como a dignidade da pessoa humana; a solidariedade universal e a fraternidade; a justiça; a igualdade; a liberdade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa grande evolução em matéria de seguridade social. Através dela a dignidade humana é posta em destaque e a segurança social é vista como elemento precípuo para o alcance do bem-estar e da justiça sociais.

Com assento nessas colocações, o processo evolutivo da seguridade social passou a ser acelerado, já que, até então, este sistema era considerado atividade tímida do Estado na busca da proteção social. O Estado precisava garantir trabalho digno, para atingir o bem-estar e justiça sociais.

Para alcance dos objetivos idealizados pelo Estado é necessária, então, a proteção ao trabalhador, diuturnamente atingido por problemas sociais.

CAPÍTULO 2 A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E OS RISCOS SOCIAIS: CLASSIFICAÇÃO DOS FENÔMENOS SOCIAIS QUE MERECEM PROTEÇÃO E A IMPORTÂNCIA DE AMPARÁ-LOS

2.1 Processo de formação histórica do proletariado industrial

A técnica industrial suportou um progresso exacerbado. O aumento da concorrência entre os operários, a expansão de mercados, o crescimento da indústria, resultou em algo assustador: a grande inferioridade econômica do empregado em relação ao empregador e um degrau cada vez maior separando ambos.

O que se formou, em verdade, foi uma classe de trabalhadores cuja escravidão era disfarçada através de baixos salários e demonstrada pela precariedade das condições de trabalho e pelos abusos cometidos pelo empregador.

Na Antigüidade, o trabalho era visto como ocupação vil daquele que precisava de condições mínimas para se manter. O trabalho manual era considerado indigno.

Gregos e romanos entendiam que o trabalho estava ligado à idéia de castigo, pena e dor.

Os indivíduos que detinham o poder colocavam aqueles que trabalhavam numa condição desprezível. O trabalho era, desta forma, representativo da falta de poder, ou de uma condição subalterna.

Evidentemente, o contrato de trabalho foi formado ao longo do tempo sob concepções diversas, confundindo-o como contrato de locação de serviço até, finalmente, chegar a instrumento jurídico e social condizente com a necessidade de progresso.

A partir da segunda metade do século XIX, a liberdade praticamente deixa de existir, dando lugar à revolta e ao medo. Os trabalhadores começam a se manifestar contra as condições subumanas de trabalho.

Após o crescimento das máquinas e o desenvolvimento da economia (período este pós Revolução Industrial), o trabalho passou a ser exaltado como instrumento de produção de riqueza. A produção tornou-se elemento social e econômico significativo e de grande valorização.

Surgiram as associações de auxílios mútuos, sindicatos, federações de classe etc., em prol da chamada “solidariedade profissional”.

Em meio a esse contexto, emerge o Direito do Trabalho que é formado com a terminologia “Direito Industrial”, bastante criticada, já que acabava excluindo o comércio e a agricultura, igualmente merecedores de proteção.

Num segundo momento, surge o chamado “direito operário”. Esta expressão acabou por não ser aceita, pois parecia consagrar um direito unilateral, privativo do trabalhador.

A nova orientação seguida (com base na proteção de toda sociedade) levou este Direito a ser denominado Direito Social.

Na concepção de JEAN JACQUES DUPEYROUX, “quando se reconhece ao homem o direito ao trabalho, à seguridade social, à educação, igualmente é reconhecido o direito de exigir a intervenção estatal nos problemas econômicos e sociais, a fim de que as diferentes aspirações, cuja legitimidade é proclamada, possam ser satisfeitas”[26].

Realmente o Direito visa manter a ordem e o equilíbrio dentro da sociedade. É através desta terminologia que o Direito do Trabalho passa a ser visto através da proteção social do trabalhador enquanto membro da sociedade. Não se trata de um direito individual, mas sim de um direito que cria metas e objetivos frente à sociedade.

Mesmo diante da expressão “Direito Social” existiram críticas, vez que o Direito do Trabalho é uma espécie de Direito Social. Neste sentido, a terminologia coerente seria “direito social do trabalho”.

Finalmente, chegou-se à expressão “Direito do Trabalho”, e com ela coaduna os estudiosos da disciplina.

---

[26] DUPEYROUX, Jean Jacques. O Direito à Seguridade Social. Biblioteca do INSS. Artigo publicado em italiano, na **Rivista degli infortuni e delle malattie professionali** (Roma), fase n. 2, março/abril de 1961, págs. 201/233, p. 11.

O progresso e civilização da sociedade é devido ao trabalho. Sem ele, o homem não tem segurança, estabilidade econômica e social e condições de mantença de sua família.

Não obstante, não era suficiente a proteção legal ao trabalhador em virtude do crescimento exacerbado das máquinas. A liberdade do trabalhador tinha outra frente: a necessidade de justa remuneração.

Os trabalhadores passaram a levantar bandeiras de descontentamento, culminando na luta de classes.

A estrutura social reclamava maiores proteções com o intuito de amenizar o grande abismo que sempre separou o pobre do rico; o empregado do empregador.

Justificando essa exigência, agora até mais social do que econômica, a Constituição Brasileira de 1934, inseriu a proteção aos direitos sociais no Capítulo sobre a “Ordem Econômica e Social”, como norma programática de cunho genérico e de vigência politicamente condicionada. Um novo embrião surgiu dando ensejo à valorização do trabalho.

Na seqüência, as demais Cartas Constitucionais deram seguimento a esta proteção, que ganhou o alicerce em sua plenitude com a Constituição Federal de 1988.

A ordem social proclamada pela Constituição Cidadã protege o trabalho, com intuito de garantir justiça e bem-estar sociais (artigo 193, CF/88).

Do progresso sofrido, o conceito de trabalho passou a representar a idéia de liberdade. Não se falava mais em escravidão, em regime servil etc.

Passou-se a se falar em trabalho pelo trabalho; trabalho como liberdade; trabalho e liberdade.

Foi realmente a revolução da sociedade e da economia. O trabalhador passou a ser considerado sujeito de direitos e obrigações e não objeto, "coisa" sujeita aos mandos e desmandos de seu senhor.

Tratando da era industrial, ORLANDO GOMES dispõe que "o trabalhador emancipa-se da vil condição de *res*. Eleva-se, da condição indigna de meio-de-produção, para a de agente de produção. Deixa de ser cousa, para ser pessoa. É um homem livre a utilizar instrumentos de trabalho pertencentes a seu semelhante, mas, ele próprio, já não é propriedade vida do dono desses instrumentos".[27]

Portanto, houve a consagração da importância do trabalhador para a economia e para a sociedade. O pensamento contemporâneo leva a um único caminho: a proteção ao trabalhador como proteção da sociedade e da economia. O trabalhador não é mais visto individualmente: ele carrega consigo um enorme contingente de pessoas que deposita nele sua sobrevivência digna.

2.2 Da ordem social: finalidade e princípios correlatos

Como o próprio nome traduz, a palavra "ordem" refere-se a algo organizado, planejado com a finalidade de equacionar idéias e concretizar

[27] GOMES, Orlando. **Direito do Trabalho**. Bahia: Edições Fórum, 1941, p. 8.

objetivos. O Estado realiza este planejamento como medida de intervenção eficiente e necessária.

A Carta Constitucional de 1988 trata da ordem econômica e social.

A ordem econômica deve refletir as perspectivas econômicas e sociais, sendo pré-estabelecidas com intuito de servir como parâmetro a ser perseguido por determinada sociedade, em certa época. Desta forma, referida política deve ser elaborada a partir do conhecimento prévio da Política Econômica em que se insere toda a sociedade.

Na segunda metade do século XIX, observou-se um crescimento no comércio, que cada vez mais se preocupava com o aumento da comercialização, esquecendo-se da justiça social frente à figura do consumidor.

O século XX trouxe modificações importantíssimas na sociedade de consumo. O crescimento industrial e tecnológico (principalmente a partir da segunda metade do século XX), aliados a um mercado apto a consumir, despertou a necessidade de regulamentação das relações de consumo. Ademais, o desemprego passou por forte crescimento, acarretando profundas desigualdades sociais.

O fato é que houve uma massificação dos contratos na economia. A livre concorrência obteve algumas limitações, o que foi extremamente acentuado no final do século XX. O desequilíbrio nas relações de consumo era cada vez mais alarmante.

Justamente por isso, o artigo 170 da Carta Constitucional de 1988 estabelece, *in verbis*:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I – soberania nacional;
> II – propriedade privada;
> III – função social da propriedade;
> IV – livre concorrência;
> V – defesa do consumidor;
> VI – defesa do meio ambiente;
> VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII – busca do pleno emprego;
> IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Pelos princípios da ordem econômica, o Estado deve intervir para que haja a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais, bem como para recuperar o crescimento econômico.

Essa intervenção deve visar a:

a) Redistribuição de renda;

b) Política social adequada;

c)Política industrial;

d) Melhoria das infra-estruturas.

Em resumo, a intervenção do Estado dá-se no sentido de busca de harmonia econômica e social.

Com assento nas colocações efetuadas, há que se observar que a ordem econômica emerge na sociedade do início do século XXI como sendo uma garantia de respeito às relações econômicas. Sua fórmula impulsiona o mercado conduzindo-o ao desenvolvimento e ao progresso.

Ademais, observa-se que com o crescimento exacerbado da economia, muitas empresas multinacionais vêm se estabelecendo no mercado. Com isso, torna-se necessária uma adequação do desenvolvimento a essa nova realidade, garantindo informação, segurança e qualidade nos produtos e serviços fornecidos.

Vem sendo notado que parcela da sociedade tem tomado frente na defesa do consumidor, do meio ambiente, da economia etc., participando ativamente nas decisões a serem implantadas no mercado. É uma evolução social do mercado que tem criado algumas representações de consumidores no comércio, em sindicatos e associações.

Os fatos destacados no setor econômico incumbiram-se de mostrar que o desenvolvimento na ordem econômica tem reflexo direto na ordem social.

A ordem social representa o equilíbrio dentro da sociedade, estabelecendo-se entre as necessidades emergentes e a proteção estatal.

O artigo 193 da Constituição Federal de 1988 estabelece, *in verbis*:

> Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Como se verifica, não basta controlar e regulamentar a economia. O Estado deve criar programas com o intuito de satisfazer os anseios sociais. A população clama por uma justiça social, em que o homem é tratado igualitariamente, tendo sua dignidade respeitada. Neste contexto, o bem-estar social é caracterizado como situação em que o cidadão tem garantidas as condições mínimas para uma sobrevivência digna, longe das condições subumanas que tomam conta do País.

Com efeito, o Estado precisa intervir para que os direitos econômicos e sociais caminhem em prol do bem-estar e justiça sociais (art. 193, CF/88).

O trabalho - como ver-se-á no subitem 2.3 - proporciona a inclusão do trabalhador à sociedade. Por isso o artigo em comento (art. 193, CF/88) fala em primado do trabalho.

A equação é lógica: a proteção do trabalhador é objetivo da ordem econômica e social, sendo elemento determinante do alcance do bem-estar e justiça sociais.

2.3 O trabalho como forma de cooperação social

De forma genérica, conceitua-se “trabalho” como exercício da atividade humana, dirigido a fins econômicos e sociais, merecendo tutela específica do Estado.

O trabalho está ligado à produtividade humana, visando satisfazer as necessidades econômicas do País, bem como as carências individuais do homem e gerais da população.

No conceito de RIVA SANSEVERINO, “o trabalho vem a ser objeto de relação vinculada a quem desenvolve a própria atividade (considerada no seu

resultado em si mesma) e destinada ao proveito de terceiro, em troca de determinada compensação"[28].

Acrescem CESARINO JÚNIOR e MARLY CARDONE que, "economicamente, 'trabalho é a aplicação da atividade humana à produção'. Do ponto de vista jurídico-social, só se considera trabalho prestado a outrem em vista de retribuição. Daí definirmos: 'trabalho é o desenvolvimento da atividade humana em proveito de alguém que o retribui'".[29]

JOAQUIM PIMENTA afirma que:

> O trabalho, sob a forma de cooperação, ou trabalho coletivo, se processa pela união de dois ou mais indivíduos em executar o mesmo serviço ou misteres diferentes, mas que, direta ou indiretamente, se completam, determinando entre eles relações sociais – de ordem econômica, pela produção, distribuição e troca de produtos; de ordem ética, por normas religiosas, morais e jurídicas que regulam a vida interna de cada agregado – família, classe ou corporação, no seio da sociedade em que tais núcleos se integram.[30]

Essa cooperação social foi prontamente manifestada com a convivência em sociedade. O homem - desde o início - percebeu que a cooperação funcionaria como organização, junção de forças e desenvolvimento social. Nesta circunstância, ambos os sexos se organizam em prol do bem comum, formando as famílias, na acepção inicial com característica patriarcal.

---

[28] SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de Direito do Trabalho**. Trad. Élson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976, p. 39.
[29] CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito Social...,** v. I, p. 93.
[30] PIMENTA, Joaquim. **Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957, vol. 1, p. 49.

Foram sendo formadas as corporações de ofício na Idade Média e cada vez mais se falava em associações pautadas no alcance de objetivos comuns.

Com isso, a sociedade começou a adquirir forças e o desenvolvimento social e econômico passou a florescer nas grandes cidades.

Mesmo com o fim das corporações, a idéia de associação e o espírito da solidariedade continuaram a existir. Tanto é que no século XIX acontece a luta dos operários em defesa dos interesses profissionais. E os sindicatos acabam dando força à idéia de que a união faz a força e a cooperação é a alavanca propulsora dos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

A importância das associações e sindicatos é tamanha, que o Estado se viu obrigado a regulamentá-los. Assim, não se pode deixar de falar que as formas de cooperação trouxeram grandes avanços na legislação social (Direito do Trabalho e Direito Previdenciário), até mesmo porque o Estado não podia se manifestar contra a população representada.

Além da cooperação social aflorada naturalmente, a legislação nacional ampliou sobremaneira a proteção do trabalhador relacionando uma gama imensa de direitos e garantias a ele.

2.4 Garantias constitucionais e leis de proteção ao trabalhador

A história da legislação trabalhista demonstra que, no Brasil, o Direito do Trabalho foi destaque apenas a partir do século XX. Até então, apenas a Constituição de 1824, no artigo 179, XXV (que aboliu as chamadas corporações de ofício) e a Lei do Ventre Livre de 28/09/1871 (liberdade para os filhos de escravos que nascessem), dos Sexagenários de 28/9/1885 (abolição da escravidão para os escravos com mais de 60 anos) e a Lei Áurea, de 13/05/1888 (abolição da escravatura) referiam-se a direitos relacionados ao trabalhador.

O ordenamento jurídico brasileiro, no século XX, passa por grande evolução no que se refere ao Direito do Trabalho, respondendo, assim, à expectativa dos trabalhadores.

Em 1930 foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

O Decreto 21.186 de 22/03/1932 assegurou que “o descanso semanal terá duração mínima de 24 horas consecutivas e ser-lhes-á destinado o domingo, salvo convenção em contrário entre empregados e empregadores ou motivos, quer de interesse público, quer da natureza da ocupação.”(art. 3.º). Na seqüência, outros Decretos asseguraram os mesmos direitos (Decreto 21.364 de 04/05/1932 para os trabalhadores da indústria; Decreto 23.152 de 15/09/1933 aos trabalhadores de casas de diversões; Decreto 23.766 de 18/01/1934 aos trabalhadores de transportes terrestres e o Decreto 24.562 de 03/07/1934 aos trabalhadores da indústria frigorífica).

A Constituição de 1934 trazia alguns direitos para os trabalhadores nos artigos 120 e 121, como: "a lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos" (art. 120, parágrafo único, de 16.07.1934); proibiram-se as diferenças salariais com base em diferenças de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil. Foram estabelecidos salários mínimos regionais; jornada de trabalho de oito horas; descanso semanal; férias anuais remuneradas; indenização ao trabalhador em caso de demissão sem justa causa; regulamentação das profissões; proibição do trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno para menores de 16 anos, de trabalho reconhecidamente nocivo à saúde aos menores de 18 anos e às mulheres (art. 121).

A Constituição de 1937 dispunha que “o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e nos limites das exigências técnicas da empresa, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local” (art. 137, *d*). Foi instituído um sindicato único, vinculado ao Estado, que poderia intervir quando necessário.

No ano de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452 de 01 de maio de 1943) reuniu diversas lei esparsas. Justamente por isso é chamada “Consolidação das Leis do Trabalho” e não “Código” (criação de um direito novo).

Dando continuidade à proteção do trabalhador, a Constituição de 1946 relacionou diversos direitos e garantias ao trabalhador no artigo 157[31].

[31] “Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: I - salário

A Lei 605 de 5 de janeiro de 1949 estabeleceu que “todo o empregado tem direito ao repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local.” (art. 1.º). Essa lei foi regulamentada pelo Decreto 27.048 de 12 de agosto de 1949, que, além de repetir o art. 1.º da Lei 605, no art. 7.º, especificou quais as empresas que poderiam exigir o trabalho dos empregados aos domingos.

Em 1957, a Lei n. 3.207, de 18 de julho regulamentou as atividades dos empregados vendedores, viajantes ou pracistas.

A Lei n. 4.090, de 13 de julho de 1962 instituiu a Gratificação Natalina para os Trabalhadores.

---

mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; III - salário do trabalho noturno superior ao do diurno; IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar; V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei; VI - repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VII - férias anuais remuneradas; VIII - higiene e segurança do trabalho; IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente; X - direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; XI - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir; XIII - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; XV - assistência aos desempregados; XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho”.

O ano de 1963 também trouxe importante conquista para o trabalhador, através da Lei n. 4.266, de 3 de outubro de 1963, que institui o salário-família.

A Constituição de 1967 (e Emenda de 1969) assegurou diversos direitos trabalhistas no art. 158[32].

O empregado doméstico ganhou proteção com a Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972.

Em 1973, a Lei n. 5.889 - de 8 de junho de 1973 - trouxe normas reguladoras do trabalho rural dando outras providências.

A Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974 dispôs sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, entre outras Providências.

---

[32] Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II - salário-família aos dependentes do trabalhador; III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; IV - salário de trabalho noturno superior ao diurno; V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos; VI - duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos; VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VIII - férias anuais remuneradas; IX - higiene e segurança do trabalho; X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres; XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário; XII - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais; XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente; XIV - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho; XVIII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos; XIX - colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei; XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7.º.

O vale-transporte também representou conquista dos trabalhadores, sendo instituído com a Lei n. 7.418 de 16 de dezembro de 1985.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 trouxe inúmeros direitos aos trabalhadores nos artigos 7.º a 11, além de considerar a busca do pleno emprego princípio da ordem econômica (art. 170, VIII) e o trabalho como primado para a obtenção do bem-estar e da justiça sociais (art. 193).

Observe-se que o artigo 7.º[33] da Carta Constitucional de 1988 representa um dos maiores avanços dos direitos dos trabalhadores na

[33] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII **-** salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos

história brasileira, equiparando os trabalhadores urbanos e rurais e garantindo proteção.

Após a Constituição Federal de 1988, surgiram ainda algumas leis esparsas, dentre as quais são citadas: Lei n. 8.036 de 11 de maio de 1990: dispôs sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; Decreto 99.467 de 20 de agosto de 1990: “[...] o funcionamento aos domingos do comércio varejista em geral, desde que estabelecido em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, respeitadas as normas de proteção ao trabalho e o art. 30, I da Constituição”; Lei 10.101 de 19 de dezembro de 2000, “o repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de quatro semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras previstas em acordos ou convenção coletiva.”

---

coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX **-** ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

2.5 Política do pleno emprego

O texto Constitucional de 1946 assegurava no artigo 145 o trabalho a todos, possibilitando a existência digna. Colocava ainda o trabalho como obrigação social, seguindo a linha da política do pleno emprego.

Referida política é uma forma do Estado concretizar o bem-estar e a justiça sociais.

Para LORD BEREVIDGE[34] "es necesario que el número de puestos vacantes sea superior al número de candidatos a un empleo y que los puestos sean tales, y estén localizados de tal manera, que el paro se reduzca a breves intervalos de tiempo de espera".

Conforme a experiência jurídica e social, o trabalho deve ser visto sob dois aspectos: individual e social.

Individualmente considerado, o trabalho engrandece o homem e faz com que este seja inserido no processo de inclusão social. O trabalho consegue despertar no homem sua dignidade muitas vezes adormecida.

Num aspecto social, o trabalho funciona como impulsionador da economia, a alavanca mestre, que regula o mercado e diminui os riscos sociais aos quais a sociedade fica sujeita.

---

[34] Lord Beveridge, p. 133, *apud*, DURAND, Paul. **La política contemporánea de Seguridad Social**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 652.

Em verdade, é interesse de toda a sociedade que novas vagas no mercado de trabalho surjam.

O Estado moderno busca atingir a política do pleno emprego. Num plano fático, há necessidade de intervenção do Estado para que esta política seja efetivada.

Nesta concepção, o Estado deve intervir a fim de organizar o mercado de trabalho. Mas não basta a intervenção do Estado no sentido de inserir novos postos de trabalho, visto que o emprego está associado à dignidade humana. O Estado deve garantir dignidade no trabalho e trabalho com dignidade.

PAUL DURAND expressa sua opinião no sentido de que "el Estado es el único que dispone de una visión general de la economia y solo él posee poderes suficientes para imprimir una determinada orientación a la economía".[35]

O incentivo ao investimento privado, a redução de impostos, o estímulo a reservas, a previsão fiscal, bem como um salário digno constitucionalmente assegurado são medidas concretizadoras do aumento de postos de trabalho, corroborando com a idéia do pleno emprego.

Razões de ordem econômica determinaram que esta política deve ser implantada de forma moderada, para que não crie alterações

---

[35] DURAND, Paul. **La política contemporánea de Seguridad Social**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 654.

bruscas e excessivas. O Estado está aberto à mudança. No entanto, em decorrência dos inconvenientes práticos, esta deve ser paulatina.

Bruscas alterações poderiam elevar a inflação do País, como também favorecer o crescimento do emprego com a queda da qualidade dos produtos e a redução de salários.

Apesar destes argumentos, o fato é que o Estado mostra-se mais evoluído quanto maior sua aproximação com a política do pleno emprego.

É através do trabalho que se alcança a dignidade da pessoa humana, princípio norteador de todas as relações jurídicas e sociais (artigo 1.º, inciso III, Constituição Federal de 1988).

Assim é que dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil estabelecidos no artigo 1.º da Carta Constitucional de 1988, vêm disciplinados no inciso IV os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Consignou-se expressamente no artigo 170, inciso VIII, da Carta Constitucional de 1988, o trabalho como chave do desenvolvimento econômico. O crescimento da economia reflete diretamente na política do pleno emprego. O aumento do fluxo de renda acarreta elevação da produção.

A observação do panorama social e ideológico do mundo moderno revela que deve haver equilíbrio de oferta de mão-de-obra e procura, para que exista relação entre os recursos empregados na mão-de-obra e o pleno emprego.

O Título VIII, da Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo I, traz como disposição geral o artigo 193, que preleciona que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a

justiça sociais". Neste sentido, a Carta Constitucional de 1988 relaciona o trabalho em primeiro lugar para alcance da ordem social: protegendo o trabalhador será alcançado o bem-estar e a justiça sociais.

Aludido artigo da Constituição Federal de 1988 coloca o trabalho como base primeira da Ordem Social. Quer isso significar, que o sistema de seguridade social – tendo seu objetivo interligado ao da Ordem Social - estará baseado em ações que estabeleçam, como prioridade, o trabalho. A partir da garantia do primado do trabalho, ter-se-á, conseqüentemente, o passo fundamental para que sejam alcançados o bem-estar e a justiça sociais.

Segundo nos expõe WAGNER BALERA, "o primado do trabalho – verdadeira pedra angular da nova Ordem Social – é valor condicionante dos rumos da legislação e da própria vida social".[36]

EVARISTO DE MORAES FILHO coloca que:

> Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência, de liberdade, de auto-afirmação e de dignidade. O direito ao trabalho é a possibilidade de vir a participar cada um da produção de todos, recebendo, em troca, a remuneração que lhe é devida[37].

Conforme preceitua EROS ROBERTO GRAU, "o desenvolvimento nacional que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do

---

36 BALERA, Wagner. O Valor Social do Trabalho. **Revista LTr** 58-10/1167-1178. São Paulo: LTr Editora Ltda., outubro de 1994, p.1176.

37 MORAES FILHO, Evaristo de. **Temas atuais de trabalho e previdência...,** p. 17-18.

Brasil, e o pleno emprego que impende assegurar supõem economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico".[38]

A política do pleno emprego está aliada à idéia de liberdade. O trabalho traz a sonhada liberdade ao homem, dando asas às aspirações sociais em torno de uma vida mais digna.

Liberdade de trabalho é a liberdade que todo homem deve ter ao escolher sua função, profissão, dentro do mercado de trabalho.

Liberdade através do trabalho significa liberdade a partir do respeito do empregador/empresa ao hipossuficiente. Está relacionada a salários dignos – que permitam a subsistência do trabalhador e de sua família -, ambiente de trabalho saudável, descanso semanal remunerado, férias etc.

A idéia é que o Estado crie incentivos à utilização da mão-de-obra, conforme artigos 195, §9.º[39] e 239, §4.º[40] da Constituição Federal de 1988.

Infelizmente, não se pode detectar uma sociedade em que não há índice de desemprego, até mesmo porque a existência de índice nesse sentido acaba funcionando como propulsor de novas políticas econômicas

---

[38] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 220.

[39] Art. 195.
§9.º. As contribuições sociais previstas no inciso I do *caput* deste artigo poderão ter alíquotas ou base de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

[40] Art. 239.
§4.º. O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.

tendentes a encontrar equilíbrio entre oferta e demanda de emprego. Afirma-se, inclusive, que sem uma taxa mínima de desemprego haverá forte propensão a baixos níveis de desenvolvimento, já que existirá pequena preocupação do Estado em criar políticas públicas.

Enquanto a política do pleno emprego ficar limitada à ideologia, resta ao Estado criar programas com o intuito de concretizar esta política. Mas antes de preocupar-se com o emprego, é preciso criar condições dignas de trabalho ao homem e protegê-lo face os riscos sociais que possam surgir.

2.6 Riscos sociais

2.6.1 Noção geral

O seguro social deriva da necessidade de proteção coletiva, em virtude de riscos comuns à existência humana.

Sendo assim, como decorrência da vulnerabilidade do proletariado, tornou-se necessária a implantação de um seguro obrigatório. Tal seguro deve ser pautado em princípios com grande conteúdo moral, visando o benefício coletivo.

Daí surge:

a) a proteção aos trabalhadores;

b) em relação aos riscos que prejudicam o trabalho.

A estrutura econômica revelou que existia (e ainda existe) a incapacidade financeira da grande massa trabalhadora. Na fase atual da economia, constatam-se grandes índices de marginalização, desemprego etc. Parcela significativa da população não era (e não é) capaz de contribuir para um seguro social. Neste sentido, verificou-se que não apenas o proletariado merecia proteção, já que bastava viver para estar sujeito aos chamados riscos sociais. A proteção social, então, estendeu-se a toda sociedade, incluindo em seu manto protetor não apenas o trabalhador, mas também o economicamente fraco. Solução diversa retiraria o caráter universal do sistema.

A idéia é efetivar a integração completa da sociedade, visando garantir o caráter universal e igualitário do sistema, em prol do bem comum.

Ressalte-se que, tanto o seguro social, como o seguro privado, procuraram, desde logo:

a) Garantir o indivíduo contra os riscos comuns da vida; e

b) Satisfazer as necessidades emergentes (teoria da necessidade).

O seguro social difere-se do seguro privado pela compulsoriedade que lhe é atribuído e pelo interesse social que ele protege. Ademais, o Estado é o veículo por meio do qual o seguro social é conduzido.

A necessidade de se implantar um seguro obrigatório decorre do fato de que “risco” refere-se a alguma espécie de perigo ou acontecimento alarmante. Já “social”, liga-se à noção de sociedade, que, nas palavras de DE PLÁCIDO E SILVA, significa “[...] reunião, agrupamento, ou agremiação de

pessoas, na intenção de realizar um fim, ou de cumprir um objetivo de interesse comum, para o qual todos devem cooperar ou trabalhar".[41]

Para que o mecanismo previdenciário possa funcionar, é preciso a integração de toda a sociedade.

Como se vê, "risco social" refere-se a um perigo ao qual toda a sociedade está sujeita. Perigo este que se acoberta no fato do trabalhador (que na cadeia de produção é a pessoa economicamente fraca), perder seu emprego, ou as condições de trabalho, diante de fatores ocasionados independentemente de sua vontade. Tal situação acarreta a impossibilidade desse trabalhador manter as condições mínimas de subsistência própria e de sua família (conforme o caso).

Sendo assim, o "risco social" é preocupação que atinge a todos, pois quanto maior número de desempregados, maior a regressão ou estagnação da qualidade de vida, pior a situação econômica do país, menor o padrão de vida da população, entre outras conseqüências.

2.6.2 Conceito

Ao definir "risco social", é necessário ter a idéia inicial de que este termo tem cunho ameaçador à sociedade. Para esclarecimento desta

---

[41] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed., vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 248.

expressão, é preciso delinear seu conceito, que se difere de outras expressões utilizadas no Direito Previdenciário.

Os modos de proteção ao trabalhador são denominados “seguros sociais”, ao passo que os eventos protegidos são chamados “riscos sociais”. Desses conceitos, ainda se distingue o infortúnio, que representa a ocorrência efetiva de um risco social.

A idéia de risco surge no seguro privado. No seguro social, a doutrina denominou-os de “sociais”, não sendo utilizada simplesmente a terminologia “risco”, em virtude de sua extensão social.

Assim, o risco social não é apenas elemento intrínseco do desenvolvimento do trabalho humano, já que seus efeitos se irradiam e se extrapolam por toda sociedade. Não há que se falar em indivíduo; há que se falar em sociedade protegida face aos riscos sociais a partir dos atores sociais isoladamente considerados.

Existem certos acontecimentos sociais previsíveis que dão origem ao denominado “risco social”.

Risco representa evento futuro e incerto, que pode ocasionar, quando da sua ocorrência, situação de necessidade. Está ligado à idéia de perigo.

Deste entendimento, extrai-se que o risco representa:

a) Um evento

Evento está relacionado a certo acontecimento. Para fins de risco social, significa fato juridicamente previsto como possível e incerto, potencialmente prejudicial à sociedade.

Interessante observação é elaborada por HELOISA HERNANDEZ DERZI, para quem:

> A voluntariedade não pode existir na ocorrência do evento, sob pena de retirar do risco seu caráter futuridade. A vontade do segurado não pode atuar na produção do evento de forma intencional. Eis a razão pela qual o dolo do segurado é elemento excludente da reparação securitária.[42]

b) Futuro

O caráter "futuridade" confere a certeza de que, embora exista previsão legal, o risco poderá ou não ocorrer para determinado indivíduo.

O risco social não é característica inerente a todas as situações da vida, mas, caso ocorra num determinado momento, terá a proteção merecida, assegurando conforto à sociedade (em especial às classes menos favorecidas).

c) Incerto

A incerteza da ocorrência dos riscos sociais faz com que o Estado crie formas preventivas destes riscos, cercando a sociedade com medidas protecionistas.

Além do risco apresentar-se como evento futuro e incerto, aparece também como social. Não se pode negar que, caso o risco ocorra, haverá prejuízo social, a menos que a máquina securitária seja fortemente constituída. Justamente por isso, o risco é tratado como "contingência social".

---

[42] DERZI, Heloisa Hernandez. **Os beneficiários da pensão por morte**: regime geral de previdência social. São Paulo: Lex Editora, 2004, p. 48.

Contingência social vem designar o acidente, evento, acaso, que quando da sua ocorrência, tem alcance social. Refere-se a um aspecto negativo decorrente da concretização da contingência.

Leciona FEIJÓ COIMBRA que:

> A legislação social desde logo voltou-se para a proteção de determinadas espécies de riscos, cuja ocorrência traria desfalque patrimonial ao conjunto familiar do trabalhador, ou seja, a morte do segurado, ou a perda de renda deste, por motivo de incapacidade laborativa, decorrente de doença, acidente e velhice. Contudo, o leque das atividades de amparo do Estado tornou-se mais amplo e abrangeu, em breve, certos eventos de que o seguro privado não cogitara, convencionando-se denominar riscos sociais.[43]

ILÍDIO DAS NEVES destaca que:

> No sistema de segurança social em sentido estrito (regimes) os riscos sociais são acontecimentos danosos fundamentalmente exteriores às pessoas (doença, desemprego, velhice, incapacidade laboral, morte etc.), ocorrências naturais ou sociais que atingem, as agride, de fora para dentro, na sua estabilidade econômica e social. Pelo contrário, na acção social, os riscos representam, antes de tudo, uma incapacidade ou uma indisponibilidade das famílias ou uma falta das estruturas familiares para assegurarem normalmente os apoios indispensáveis às crianças, aos jovens, aos idosos e aos deficientes.[44]

Na realidade, o risco não está ligado diretamente à noção de dano (como ocorre no seguro privado), já que em algumas situações representará apenas uma necessidade.

---

[43] COIMBRA, José dos Reis Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001, p. 17.

[44] NEVES, Ilídio das. **Direito da Segurança Social** - Princípios Fundamentais Numa Análise Prospectiva. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 27.

ARMANDO DE OLIVEIRA ASSIS critica a expressão “riscos sociais”, acreditando ser o ideal falar em “risco social” ou “necessidade social”, pois estas expressões abrangem de forma global a sociedade, não individualizando o risco. Para ele, “‘risco social’ é o perigo, a ameaça a que fica exposta a coletividade diante da possibilidade de qualquer de seus membros, por esta ou aquela ocorrência, ficar privado dos meios essenciais à vida, transformando-se, destarte, num nódulo de infecção no organismo social, que cumpre extirpar”[45]. Ratificando, tal risco não representa necessariamente um dano. Da mesma forma, não significa que tal risco ocorrerá. O fato é que se vier a acontecer, o indivíduo terá proteção e, conseqüentemente, toda a sociedade também.

Tanto é assim, que alguns doutrinadores preferem utilizar a terminologia “contingência”[46], a “risco”, vez que se costuma associar a idéia de risco a dano, o que muitas vezes não será caracterizado. Exemplo clássico disso refere-se à maternidade, que não representa um dano, mas situação em que há necessidade de amparo. A mulher necessita não só de um período com seu filho, como também de recursos para mantê-lo.

PAUL DURAND aquiesce do mesmo entendimento:

> El riesgo es un acontecimiento infortunado la mayor parte de las veces: la enfermedad, la muerte (si se trata de un riesgo que afecte a la persona asegurada), el incendio (si se trata de un bien material) [...] En esos casos adopta el nombre de *siniestro.* Pero el calificativo de *riesgo* también

[45] ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “risco social”. **Revista dos Industriários 18,** de dezembro de 1950, págs. 24 a 27.

[46] Contingência está relacionada à idéia de eventualidade. Liga-se a fato que pode ou não ocorrer.

> puede aplicarse a acontecimientos venturosos: la supervivencia del asegurado, en casos del seguro de vida; el matrimonio, o el nacimiento de un hijo, en los seguros de nupcialidad o natalidad [...] [47]

Tornou-se claro, deste modo, que alguns conceitos originários do seguro privado foram sendo modificados no seguro social. Neste, a idéia de risco é posta como necessidade social.

"Cuando a determinados eventos – los riesgos – se los califica como sociales, lo es porque respecto de ellos la sociedad asume su protección"[48].

Para ARMANDO DE OLIVEIRA ASSIS:

> Se, pois, o que atinge a sociedade atinge também o indivíduo, e se o que prejudica o indivíduo se reflete na sociedade, esta não poderá deixar de se ressentir, de ser perturbada na sua integridade quando qualquer de seus membros sofrer o ataque de uma dessas contingências da vida humana. Quando menos, o infortúnio dos indivíduos causará enfraquecimento na sociedade. Por isso, deve esta velar pela segurança de seus componentes e satisfazer às suas necessidades eventuais, e por duas razões: 1.ª como um gesto de auto-sobrevivência; 2.ª pelos deveres precípuos que lhe tocam[49].

Defendendo a concepção moderna de "risco social", ARMANDO DE OLIVEIRA ASSIS ainda afirma que:

> Na concepção que defendemos, o risco se torna socializado, ameaça igualmente o indivíduo e a sociedade, ou quiçá mais a esta do que àquele. O homem deve ser protegido não porque

---

[47] DURAND, Paul. **Op. Cit.;** p. 55.

[48] PODETTI, Humberto A., Los riesgos sociales, In: LOZANO, Nestor de Buen; VALENZUELA, Emilio Morgado (Coords.). **Instituciones de derecho del trabajo e de la seguridad social**. México: Academia Iberoamericana de derecho del trabajo e de la seguridad social; Universidad Nacional Autónoma de México, 1997. (- Série G: Studios Doctrinales, n. 188), p. 648.

[49] ASSIS, Armando de Oliveira. **Op. cit.**; p. 28.

> seja um trabalhador, um produtor de riquezas: mas pelo simples fato de ser um cidadão, de conviver em sociedade[50].

É sabido que algumas situações representam risco social maior para a sociedade do que outras, podendo atingir o sujeito cotidianamente, tirando-lhe até mesmo a dignidade. Diversas são as situações que atingem o homem, seja pela incapacidade para o trabalho, seja por não possuir meios para a própria subsistência ou de sua família.

Alguns fatores como tempo, espaço, nível cultural e nível econômico interferem na noção de risco social.

Ocorrendo um risco social, aparece o que se denomina infortúnio (adversidade). Na situação concreta, surge a necessidade, e o indivíduo se vê desprovido de meios para a sua subsistência e de sua família. Trata-se de uma carência do indivíduo, que além de atingi-lo, agride também toda a sociedade.

Observe-se que o risco social não é considerado como simples risco de desemprego, morte, invalidez, como também o risco de sofrer o segurado a diminuição de meios para uma sobrevivência digna.

Segundo HUMBERTO A. PODETTI:

> En suma, cabe considerar configurada una contingencia social, que da lugar al amparo de la seguridad social, cuando tiene por efecto que una persona o los miembros de su familia a su cargo, o unos y otros (nota de individualidad), resultan desfavorablemente afectados (nota de personalidad), en prejuicio de su nivel de vida, a consecuencia de un incremento

[50] **Ibid**.; p.28.

> en el consumo o de disminución o supresión de los ingresos (nota económica)"[51].

A proteção social contra estes possíveis riscos que causarão infortúnio caso ocorram, é garantida através do sistema de seguridade social. Em se tratando da previdência social, é preciso ter em mente que esta não visa garantir o padrão de vida do segurado quando do recebimento do benefício, mas tão somente o mínimo vital. Embora cada participante do sistema receba o benefício previdenciário conforme suas contribuições sociais, o sistema prevê um teto e um piso em relação ao valor do benefício. Tal fato se explica pela compulsoriedade de filiação e contribuição, que irá garantir apenas que o segurado não fique privado de condições mínimas de subsistência.

Como se verifica, a idéia é atingir o "mínimo de subsistência" ou o "padrão mínimo de bem-estar", embora nem sempre os benefícios serão suficientes para manter o mínimo vital.

Para que isso seja possível, cumpre destacar os princípios "da solidariedade social[52]" e da "universalidade da cobertura e do atendimento[53]", que atingem sua expressão concreta através do padrão mínimo de bem-estar.

---

[51] PODETTI, Humberto A., Los riesgos sociales, In: LOZANO, Nestor de Buen; VALENZUELA, Emilio Morgado (Coords.). **Op. cit.;** p. 649.

[52] Solidariedade representa apoio mútuo. A expressão "solidariedade social" pressupõe envolvimento da sociedade em projeto comum. Em termos de previdência social, a solidariedade tem significado de compromisso entre gerações: uma geração financia outra. Aqueles que estão em atividade, financiam aqueles que estão inativos e assim de forma consecutiva.

[53] O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento representa a isonomia no sistema de seguridade social. Na acepção objetiva do termo, universalidade representa a cobertura de todos os riscos sociais. No aspecto subjetivo, significa atendimento a todas as pessoas que necessitam de proteção social.

O Estado, desta forma, se responsabiliza pelas necessidades sociais até certo limite. FEIJÓ COIMBRA finaliza seu discurso dizendo que:

> A limitação da responsabilidade social às necessidades usuais e razoáveis explica, sem dúvida, que a legislação previdenciária e assistencial estabeleça tetos para o valor das prestações concedidas e consagre a participação do segurado nas despesas com a assistência médica que lhe é deferida, sempre que sua situação econômica demonstre que tem para tanto possibilidade financeira.[54]

Eis aqui, sumariamente, a concepção de risco social.

2.6.3 Classificação dos riscos sociais

Como já mencionado, o risco social possui dimensão variável conforme a situação econômica, demográfica etc. da sociedade.

Na realidade, o risco social é maior ou menor conforme a sociedade a que se refere. Mas ainda que haja este grau de variação, não se discute que os riscos sociais relacionados no artigo 201 da Constituição Federal de 1988 atingem a sociedade quando da sua ocorrência.

PAUL DURAND[55] classifica os riscos inerentes à vida social em cinco grupos, a saber:

a) Riscos provenientes do meio físico: nestes podemos encontrar os que dependem de fenômenos geológicos, como terremotos, erosão,

---

[54] COIMBRA, Feijó. **Op. cit**.; p. 20.
[55] DURAND, Paul. **Op. cit**.; p. 57-58.

deslizamento de terra ou meteorológicos, decorrentes de inundações, granizos etc.

b) Riscos provenientes do meio social: dentre estes riscos, são destacados o risco de guerra, fonte de danos e prejuízo para as pessoas e bens; o risco político, ligado a uma eventual troca de regime; o risco legislativo, que pode surgir em virtude da aplicação de uma nova lei; o risco monetário, provocado pelas variações do valor da moeda e que cria um clima de falta de segurança do regime civil e da vida econômica; o risco administrativo, que pode resultar da imperfeição do funcionamento dos serviços públicos; o risco de desigualdade das condições sociais, que implica atender à instrução e ao bem-estar por parte de certos elementos da população.

c) Riscos ligados à organização dos grupos familiares: dentre estes riscos PAUL DURAND classifica como os mais importantes os que provêem dos encargos familiares, que acabam diminuindo o nível de vida de toda família, ou de riscos como a enfermidade, a invalidez.

d)Riscos de ordem fisiológica: a enfermidade (inclusive a maternidade), a invalidez, a velhice, o falecimento.

e)Riscos da vida profissional: neste contexto, citam-se como exemplos riscos como a insegurança no emprego, risco de uma insuficiente remuneração da atividade profissional e risco de lesões corporais.

A doutrina nacional classifica os riscos sociais da seguinte maneira:

a) Riscos que aumentam a necessidade, como os encargos familiares.

b) Riscos que atingem a saúde do trabalhador, como a doença, invalidez, idade avançada.

c) Riscos que atingem diretamente os dependentes do segurado, como a morte e a reclusão do segurado.

MOACYR VELOSO CARDOSO DE OLIVEIRA[56] classifica os riscos ou contingências sociais da seguinte maneira:

I – De origem patológica: a) Doença, que pode ser comum ou ocasionada por acidente do trabalho ou moléstia profissional; b) Invalidez.

II – De origem biológica: a) maternidade; b) velhice; c) morte, sendo que esta se divide em natural (comum ou resultante de doença profissional) e violenta (comum ou por acidente de trabalho).

III – De origem econômico social, onde se destaca o desemprego, os encargos familiares e a prisão.

Como se verifica, ainda não se pode traçar, com rigor geométrico, classificação exata dos riscos sociais.

Apesar da profusão de idéias que cercam o tema, merece respaldo classificar os riscos sociais em:

---

[56] OLIVEIRA, Moacyr Veloso Cardoso de. Previdência social comentada, p. 94, *apud* Heloisa Hernandez Derzi, **Op. cit**.;, p. 66-67.

a) Risco por desgaste físico e/ou psicológico natural: nesta classificação destaca-se a aposentadoria por idade, por tempo de contribuição e a aposentadoria especial.

Os benefícios previdenciários relacionados às aposentadorias (salvo por invalidez), estão relacionados ao desgaste natural físico e/ou psicológico que o trabalhador sofre após longos anos de atividade.

Há a necessidade de descanso, repouso, paralisação das atividades que o segurado desenvolveu durante o período laborativo. Sem a proteção previdenciária, o trabalhador não teria outra opção senão a de continuar trabalhando mesmo em idade avançada. Por isso, a previdência social reconhece a necessidade de descanso do segurado, para evitar maiores problemas sociais.

b) Risco por necessidade de complementação da renda familiar: sob este enfoque pode ser relacionado o salário-família. Referido benefício tem por escopo a complementação da renda familiar, em vista das necessidades básicas a que a família está sujeita, considerando-se sua baixa-renda. A proteção deste risco social relaciona-se à tentativa de amenizar a dificuldade do empregado face os dispêndios com necessidades básicas.

c) Risco de proteção familiar: na seara de benefícios de proteção familiar, destacam-se o salário-maternidade, a pensão por morte e o auxílio-reclusão.

Durante muito tempo, o salário-maternidade representou proteção exclusiva da mulher que sofria um parto. Com o transcurso dos anos, passou-

se a considerar o salário-maternidade não como benefício de proteção exclusiva da gestante, mas também da adotante e daquela que obtém guarda para fins de adoção. A criança também foi relacionada nesta proteção, vez que o salário-maternidade acaba conferindo a integração social e a adaptação da criança ao lar.

Como se pode notar, o salário-maternidade acaba substituindo o salário da segurada durante certo lapso de tempo, protegendo a família.

A pensão por morte e o auxílio-reclusão, por sua vez, são benefícios que visam reparar a ausência do segurado do convívio familiar. Note-se que não têm natureza indenizatória, mas sim alimentar. A falta do segurado poderia desestruturar a família, criando necessidades sociais, se a previdência social não concedesse o benefício pensão por morte. No que se refere ao auxílio-reclusão, a proteção não é do preso, mas sim da sua família durante o período em que o segurado estiver detido ou recluso.

d) Risco por incapacidade laborativa: dentre os riscos por incapacidade, arrola-se a aposentadoria por invalidez, o auxílio-doença e o auxílio-acidente. Enquanto a aposentadoria por invalidez representa incapacidade total e permanente, o auxílio-doença vem significar incapacidade total (ou parcial) temporária. O auxílio-acidente representa diminuição da capacidade laborativa.

2.6.4 Benefícios concedidos pela previdência social

O legislador buscou determinar os possíveis riscos sociais. Para isso, uma análise social fez-se necessária. Era preciso delimitar quais os riscos que afetavam não só o trabalhador, mas a sociedade como um todo.

A Carta Constitucional de 1988 delimitou os riscos sociais merecedores de proteção pela saúde, assistência social e previdência social.

O artigo 201 da Constituição Federal de 88 traz o chamado “cardápio” dos riscos sociais selecionados pelo constituinte como merecedores de proteção na área da previdência social. Enumerando tais riscos, observa-se:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Este dispositivo constitucional garante proteção apenas aos segurados da previdência social e aos seus dependentes. Sem dúvida, a previdência social tem caráter contributivo. Tal situação leva à conclusão de que terá direito ao benefício previdenciário, apenas e tão somente aquele que

contribuir diretamente com o sistema através das contribuições sociais (ou o dependente deste) e desde que cumpridos todos os requisitos exigidos por lei, como carência (quando houver), idade (no caso da aposentadoria por idade) etc.

São obrigatoriamente contribuintes do sistema previdenciário o empregado, o empregado doméstico, o trabalhador avulso, o contribuinte individual e o segurado especial. Além dos contribuintes obrigatórios, destaca-se o contribuinte facultativo, que é aquele que contribui por vontade própria, já que a lei não o obriga. Na posição de dependentes do segurado são relacionados: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido (dependentes de primeira classe); II – os pais (dependentes de segunda classe); e III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido (dependente de terceira classe).

Os segurados obrigatórios terão direito a receber benefícios da previdência social, nos termos da lei, que não serão inferiores ao salário mínimo (exceção ao auxílio-acidente e salário-família), nem superiores ao teto máximo (exceção ao salário-maternidade).

Portanto, para que seja concedido determinado benefício pela previdência social, não basta ser segurado do sistema. Também é necessário preencher alguns requisitos legais específicos, conforme o benefício pleiteado.

Adiante serão analisados os traços deixados pelo recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho. Para isso, é preciso

destacar, primeiramente, a relação existente entre o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho.

CAPÍTULO 3 DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PREVIDENCIÁRIO: COORDENAÇÃO E SEPARATISMO

3.1 A unicidade do Direito

Posto que o homem é um ser racional e dotado de inúmeros desejos e aflições, surgiu o Direito como estruturador da sociedade, evitando a tendência até então existente, do homem fazer justiça pelas próprias mãos.

As primeiras lições extraídas do Direito reportam ao entendimento de que este é uma ciência una que envolve todas as relações sociais, regulamentando-as através do texto normativo.

A unicidade do Direito é vista através de seu texto positivado, regulador das relações sociais pelo Estado e para o Estado, sem o qual este não sobreviveria.

Para entender e compartilhar o real alcance da norma, é preciso destacar que as relações sociais, ao serem positivadas, são regulamentadas no todo, de onde surge o Direito, como único e indissociável, dentro de determinada esfera de Governo.

Este é o pensamento que condiz com o entendimento dos unitaristas, que lançam seu descontentamento com a tendência da doutrina em subdividir a ciência jurídica em ramos.

Defendendo a unicidade do Direito, ORLANDO GOMES afirma não ser "possível admitir-se a existência de um ramo jurídico autônomo que esteja em contradição aberta e irredutível com o tronco a que deve estar unido. Se os galhos da árvore jurídica devem alimentar-se da mesma seiva, porque haurida no mesmo terreno social, não se compreende que possam ser nutridos diferentemente. Como conceber, com efeito, o nascimento e a viabilidade de uma ciência jurídica especializada, cujo organismo se sustenta de alimento que repugna ao organismo-mater que o transmite?"[57]

ARNALDO SÜSSEKIND, ao tratar da unidade do Direito, relata que:

> As restrições, cada vez maiores, à autonomia da vontade; o interesse do Estado e a sua presença em inúmeras relações jurídicas de índole social ou de caráter interindividual, acarretando a publicização de grande parte das regras jurídicas; e, finalmente, a conseqüente socialização de todo o Direito - a par das dificuldades sempre crescentes de serem estabelecidos critérios distintos para a classificação dos diversos ramos autônomos da ciência jurídica como integrantes do Direito Público ou do Direito Privado - levaram vários autores a refutar a tradicional divisão do Direito a fim de afirmar sua unidade conceitual.[58]

Entrementes, o fato de o Direito ser dividido em ramos, não acaba com a sua unicidade.

O Direito, então, se origina de forma integrada pelo Estado, que regula de forma legítima as relações sociais.

---

[57] GOMES, Orlando. **Op.cit.**, p. 17-18.
[58] SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. vol. 1. São Paulo: LTr, 2005, p. 117.

Ponto digno de nota é que alguns doutrinadores vão mais além ao tratar a unicidade do Direito. Alguns entendem que a unicidade representa o separatismo entre o Direito e a moral.

Nesta pesquisa, será desenvolvida a análise do Direito não como fonte única, mas indissociável. O Direito é uno, mas utiliza outras fontes que lhe dá sustentabilidade.

Consoante nosso entendimento, o Direito representa as situações da vida regulamentadas pelo legislador de forma harmônica. Não se pode dividir, separar o Direito; mas outras fontes - que não só as originárias do poder estatal - representam o Direito, ou pelo menos auxiliam na sua interpretação.

3.2 A divisão do Direito para fins didáticos

Desde ULPIANO[59], fala-se na clássica divisão do Direito em Público e Privado.

MAX WEBER[60] faz a distinção entre Direito Público e Privado. O critério para distinguir esses conceitos é informal. Justamente pelo informalismo, há dificuldade técnica na definição.

---

[59] Ulpiano (Domitius Ulpianus), jurista romano, nasceu em 150, na cidade de Tiro e faleceu em 228, em Roma.

[60] WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. 2. São Paulo: 2004, p. 1.

No pensamento de referido autor, traçando uma distinção sociológica, tem-se:

DIREITO PÚBLICO	DIREITO PRIVADO
- Conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido que a ordem jurídica lhes deve atribuir, se referem à instituição estatal. - Finalidade: conservação, expansão ou execução direta dos fins desta instituição.	- Conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido atribuído pela ordem jurídica, não se referem à instituição estatal, sendo apenas regulada por esta mediante normas.
- Representa a totalidade de regulamentos, normas que contêm apenas instruções para os órgãos estatais e não justificam direitos subjetivos adquiridos de indivíduos. - Também podem trazer normas de direito subjetivo. No entanto, tais direitos podem ser considerados como mero reflexo de um regulamento.	- Criam direitos subjetivos públicos (padronização de pretensões).
- Poder de mando existente no Direito Público: um detentor de poderes preeminentes, com poder de mando autoritário, aparece diante de pessoas que, segundo o sentido jurídico das normas, lhe estão submetidas. As partes não são consideradas iguais (hierarquia, supremacia)[61].	- Refere-se a todos os assuntos jurídicos em que aparecem várias partes consideradas juridicamente “iguais”.
- Regulam, em regra, as ações dos submetidos ao poder que servem para nomear e controlar o detentor ou os detentores preeminentes de poderes.	- Regulam as ações entre iguais.

[61] Crítica: nem todo órgão do Estado tem poder de mando, e nem sempre a ação regulada pelo direito público dos órgãos estatais é um mando.

- O Estado é considerado a única fonte de poder legítimo e, por isso, só interessa para o Direito o poder de mando referente ao Direito Público.	- Existe o poder de mando entre pai e filho, por exemplo, que embora façam parte de matéria de ordem privada, não têm importância para o Direito Público.

O Direito Público tem como sujeito o Estado, que, por sua vez, persegue o interesse do povo. Já o Direito Privado tem como sujeito o indivíduo e defende interesse particular.

Na divisão do Direito em Público e Privado, também são observadas várias ramificações dentro desta divisão. Assim, fala-se em Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, entre outros.

São ramificações que, em sua junção, representam o Direito.

3.3 Conceito e espécies de autonomia: um enfoque no âmbito do Direito Previdenciário e Trabalhista

A palavra “auto” pode expressar o sentido de próprio. Autonomia vem significar funcionamento separado, liberdade de agir etc.

A autonomia, juridicamente considerada, não representa conceito facilmente delineado, pois não significa independência de qualquer ordem, tão pouco rompimento com o todo jurídico.

A ciência jurídica é representada de forma integrada por diversas partes que se perfazem como conjunto ordenado em prol da ordem e regulamentação legal das situações da vida.

O Direito não se realiza de forma separada, em fragmentos; representa conjunto harmônico e equilibrado de normas tendentes a proteger a sociedade, estabelecendo limites a serem seguidos por esta.

A norma representa a vontade abstrata do legislador, que irradia seus efeitos sobre o ordenamento jurídico de tal forma que não se pode separá-la do todo, mas dar-lhe força para alcançar seus próprios objetivos.

Falar em autonomia de determinado ramo jurídico, requer contradizer aquilo que a ciência jurídica preleciona: o Direito é uno, sendo formado pela integração de ramos, que forma um todo indissociável.

JOSÉ MARTINS CATHARINO entende que:

> Não há autonomia absoluta, e sim relativa, de grau, salvo se ela for incomparável; a do todo único, que tudo compreenda sem deixar resto. De um todo exclusivo e absoluto, com menos nada, antes, durante e depois. Nascido de si mesmo, existente por si e para si próprio. Autobastante enquanto existir, até ao nada, novamente.
>
> [...] O Direito é fundamentalmente uno, mas também ele, com autonomia maior que cada uma das espécies, sofre a interferência de outras ciências, máxime das sociais, suas parentas. [62]

[62] CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**, vol. 1, 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 44-45.

Em que pese a unicidade do Direito, foram criados certos critérios com o intuito de se estabelecer a autonomia de determinados ramos que o compõem, como forma de facilitar o estudo e o aprofundamento jurídico.

Para se determinar a autonomia de determinado ramo do Direito, é preciso que a matéria a ser tratada por tal ramo seja de suma importância jurídica e social; que contenha conceitos próprios e específicos; que tenha métodos e princípios peculiares.

Na lição de ALFREDO ROCCO que perpetua em diversas obras jurídicas:

> [...] a autonomia duma ciência não deve confundir-se com a sua independência, ou melhor, com o seu isolamento. Para que um corpo de doutrinas tenha razão de existir e de ser considerado como ciência autônoma é necessário e suficiente:
>
> 1.º. que ele seja bastante vasto a ponto de merecer um estudo adequado e particular;
>
> 2.º. que ele contenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos gerais informadores doutras disciplinas;
>
> 3.º. que possua um método próprio, isto é, que empregue processos especiais para o conhecimento das verdades que constituem o objeto das suas investigações.[63]

A autonomia é vislumbrada do ponto de vista legislativo, científico, e para fins didáticos.

Na seara legislativa, a autonomia é apresentada através de princípios e regras próprias. Para ser considerado autônomo, o ramo do

---

[63] ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**: parte geral. Tradução: Cabral de Moncada. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva & C, 1934, p. 72.

Direito deve ter um número considerável de normas jurídicas a ele relacionadas.

Especificamente em relação ao Direito do Trabalho e ao Direito Previdenciário, é importante destacar que ambos possuem autonomia legislativa em relação aos demais ramos do Direito e entre si. Tanto é verdade, que o Direito do Trabalho, além de possuir inúmeros artigos constitucionais que o delimitam, também é regrado pela Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1.º de maio de 1943). O Direito Previdenciário, por sua vez, é disciplinado pelas Leis n. 8.212 e 8.213 datadas de 24 de julho de 1991, além do Decreto 3.048/99, que as regulamenta.

É importante lembrar que o artigo 12 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que “os preceitos concernentes ao regime do seguro social são objeto de lei especial”. Neste diapasão, a própria legislação trabalhista reconhece a autonomia da legislação previdenciária, regulamentada, na atualidade, por duas leis específicas: Lei 8.212/91 e Lei 8.213/91.

Do ponto de vista científico, o Direito é considerado autônomo quando possui método particular, objeto delimitado e regras e institutos próprios. Para tanto, devem ser identificados conceitos peculiares analisados de forma sistemática no Direito.

Não há que se negar que o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário possuem regras tão peculiares que, mesmo tratando de assunto similar, algumas vezes se diferem um do outro, como ocorre com a questão da periculosidade e insalubridade - concedida como adicional pelo

empregador, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho, e observada para a caracterização da atividade especial para fins de aposentadoria. O conceito de periculosidade e insalubridade no Direito do Trabalho e no Direito Previdenciário não guarda perfeita relação. Justamente por isso, o empregado pode estar recebendo adicional de insalubridade pago pelo empregador, sem que isso signifique que terá direito à obtenção da aposentadoria especial.

Em relação à autonomia didática, esta é representada pela possibilidade de ensinar a disciplina separadamente nas instituições de ensino, ainda que se comuniquem direta ou indiretamente com outras disciplinas. Ora, a matéria “Direito do Trabalho” é reconhecida por todas as instituições de ensino do País, sendo incluída nas grades curriculares como matéria obrigatória, além de ser considerada essencial nos exames aplicados pela Ordem dos Advogados do Brasil. O Direito Previdenciário, por sua vez, embora tenha sido colocado em posição secundária durante alguns anos pelas instituições de ensino, teve sua importância resgatada por grandes doutrinadores como MOACYR VELLOSO CARDOSO DE OLIVEIRA e WAGNER BALERA. Hoje, referida disciplina possui respaldo nas grandes instituições do País, que se preocupam, inclusive, com o aperfeiçoamento de profissionais na área. Desta maneira, ainda que o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário possam ser inseridos no contexto de outras disciplinas, não é admissível negar-se a autonomia didática dos mesmos.

Sem embargo, a autonomia de determinado ramo do Direito deve ser analisada sob os aspectos apresentados: legislativo, científico e didático.

Tanto o Direito do Trabalho, como o Direito Previdenciário são considerados autônomos frente os demais ramos do Direito.

Cabe, agora, analisar a autonomia e relações existentes entre eles (Direito do Trabalho e Direito Previdenciário).

3.4 Direito Previdenciário e Direito do Trabalho: taxinomia, autonomia, sistematização e relações

A taxinomia, do ponto de vista jurídico, diz respeito à localização ou posição enciclopédica em que se encontra determinado ramo do Direito.

Como foi possível observar, a doutrina clássica divide o Direito em Público e Privado. O Direito da Seguridade Social se enquadraria no ramo do Direito Público, já que representa um Direito Social.

Para CESARINO JÚNIOR, o Direito Social seria um terceiro ramo do Direito e não integrante do Direito Público. “Ademais, o que nos parece certo é que o direito social, dados os seus característicos já anunciados, se opõe a todo direito anterior, tanto público, como privado, não sendo, portanto, nem público, nem privado, nem misto, mas ‘social’, isto é, um tentium genus, uma terceira divisão do direito, que se deve colocar ao lado das outras duas conhecidas até aqui”[64].

---

[64] CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 106.

Refletindo acerca da classificação do Direito Previdenciário em Público ou Privado, nosso entendimento é no sentido de que esta ramificação pertence ao Direito Público. O fato é que o Direito Previdenciário privilegia o interesse social. Toda a sociedade contribui para o sistema de seguridade social visando um objetivo único: proteção social. Assim sendo, o Estado dita as regras deste sistema, levando em consideração o interesse público em detrimento do interesse individual.

Em relação ao Direito do Trabalho, é bastante problemática a questão de enquadrá-lo no ramo do Direito Público ou no ramo do Direito Privado. Os questionamentos existem, porque o Direito do Trabalho participa destes dois ramos.

Na atualidade, a doutrina (com a qual coadunamos) tende para a conclusão de que a melhor localização para esta disciplina do Direito é no ramo misto, visto que possui regras tanto do Direito Público, quanto do Privado, embora esta não seja questão pacífica.

PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS posiciona-se no sentido de que o Direito do Trabalho é ramo do Direito Privado:

> De fato, não obstante a existência de normas de ordem pública, mesmo no âmbito do direito coletivo, trata-se de negociação em que as partes se encontram no mesmo nível, daí por que o contrato que venham a fazer tem nítidos contornos de direito privado, não obstante suas peculiaridades quanto à aplicação.[65]

[65] MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 42.

No que diz respeito à autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho, é preciso destacar que a orientação remota da doutrina sempre foi no sentido de que ambos se referiam ao Direito Social.

O Direito do Trabalho já passou por várias denominações, das quais se extrai as mais interessantes, como: direito social, direito industrial, direito operário e direito laboral. O Direito Previdenciário enquadrava-se nesse contexto, sendo espécie do gênero Direito do Trabalho.

Divergências doutrinárias surgiram acerca da relação existente entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário. Foram sendo formadas as teorias monistas e dualistas.

Para a teoria dualista, o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho não se confundem. São disciplinas jurídicas completamente autônomas do ponto de vista jurídico, científico e didático. Ao revés, a teoria monista insere o Direito Previdenciário na esfera do Direito do Trabalho, não possuindo aquele autonomia em relação a este.

Alguns doutrinadores, equivocadamente, chegaram a afirmar que ambos representavam o mesmo ramo do Direito. Neste sentido, RIVA SANSEVERINO, em sua obra datada de 1976, traz o conceito de Direito do Trabalho:

> [...] o Direito do Trabalho em sentido amplo compreende três setores: 1.º - ordenamento do Estado no campo do trabalho e ordenamento das associações profissionais (direito sindical); 2.º tutela do trabalho e previdência ou segurança (seguridade) social (legislação social); e, finalmente, 3.º - disciplina da

> relação individual de trabalho (Direito do Trabalho em sentido estrito).[66]

No mesmo sentido, ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK[67] haviam se manifestado em 1975.

Esse entendimento, no entanto, vinha passando por alterações, em virtude da autonomia que o Direito Previdenciário foi demonstrando em relação ao Direito do Trabalho com o passar do tempo.

MOZART VICTOR RUSSOMANO também formulou importante colaboração a respeito, ao afirmar em sua obra datada de 1978 que:

> A simples circunstância de que muitos autores pretendem reunir o Direito do Trabalho e o chamado Direito Assistencial em uma só disciplina é a revelação ostensiva das afinidades que existem entre ambos.
>
> Não aceitando, embora, essa opinião e proclamando que o Direito Previdenciário Social (ou, se preferirmos, o Direito Assistencial) é ramo jurídico autônomo, de formação ainda mais recente que o Direito do Trabalho, não podemos deixar de indicar os contatos que perduram entre as duas ciências particulares, como resultado inevitável da semelhança de seus objetivos e da interpenetração dos seus campos de pesquisa e regulamentação.[68]

Grande discussão já existiu, visto que o empregado, quando contratado pelo empregador, passava e ainda passa a ser segurado obrigatório da previdência social, gerando para o empregador obrigações em relação a esta, bem como o desconto a ser vertido ao Instituto Nacional do

---

[66] SANSEVERINO, Riva. **Op. cit.**, p. 14.
[67] GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 25 e ss..
[68] RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Empregado e o Empregador no direito brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 53-54.

Seguro Social (antigo Instituto Nacional da Previdência Social) na folha de pagamento dos empregados. Em que pese a existência de algumas semelhanças, não há que se negar a autonomia que existe entre os institutos.

Nessa linha de raciocínio, ARNALDO SÜSSEKIND esclarece que:

> A Previdência Social se tornou disciplina autônoma, com princípios doutrinários e regras jurídicas próprias. Mas é inegável que os beneficiários diretos são, em sua grande maioria, trabalhadores, que se vinculam obrigatoriamente à respectiva instituição seguradora, em virtude de celebração de contrato de trabalho com empregador ou da prestação de serviços sob forma autônoma.[69]

No pensamento de RUI CARLOS MACHADO ALVIM, "o direito laboral se destina ao trabalhador como tal, como figura integrante do processo de produção, e a matéria previdenciária cuida do trabalhador afastado da relação produtiva, em decorrência de sua incapacidade"[70].

ALMANSA PASTOR[71], ao tratar da seguridade social e do Direito do Trabalho, esclarece que é possível tratar da relação entre tais institutos do ponto de vista dos sujeitos protegidos, da proteção, do financiamento e da gestão.

Do ponto de vista do protegido, referido autor dispõe que, "los sistemas de previsión social consideran como tales a los trabajadores, reconociéndoles un derecho a la protección en la medida que con su

---

[69] SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**..., p. 139.
[70] ALVIM, Rui Carlos Machado. Um tema em foco coordenação: Aluysio Sampaio - crítica da interpretação e da aplicação da legislação previdenciária. **Revista de Direito Social**, n. 8, Memória Histórica, Sapucaia do Sul/RS: Notadez, 2002, p. 139.
[71] PASTOR, Jose Manuel Almansa. **Derecho de la Seguridad Social**. 7.ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 64-65.

actividad laboral han aportado un esfuerzo útil a la sociedad"[72]. Neste passo, o Direito da Seguridade Social é um Direito derivado do trabalho e das relações laborais; um Direito protetor do cidadão.

Seguindo classificação de ALMANSA PASTOR, na ordem de proteção, a previdência social vem justamente tentar garantir o salário dos trabalhadores, já que prevê a possibilidade da ocorrência de riscos sociais que acarretariam a sua perda.

Na ordem de financiamento, por sua vez, a contribuição vertida pelos empresários e trabalhadores, tem conexão com o salário. Sendo assim "la cotización entonces se entiende como un salário de seguridad, conexo con la actividad profesional, de la cual ha de depender la prestación"[73].

Por fim, segundo a gestão, os sistemas de seguridade social superam as técnicas de seguro jurídico-privadas e confiam a gestão unilateralmente ao Estado ou a um ente instrumental.

Ocorrendo determinado risco social, seja de origem comum ou profissional, o trabalhador irá ausentar-se do trabalho. Neste contexto, a previdência social irá ampará-lo, representando segurança ao trabalhador e ao empregador/empresa. Constata-se perfeito equilíbrio entre estas disciplinas do Direito (Direito Previdenciário e Direito do Trabalho), que se complementam com intuito de proteção individual (trabalhador) e social (toda a sociedade será beneficiada com a proteção dos trabalhadores).

---

[72] **Ibid**.; p. 64-65.
[73] **Ibid**.; p. 65.

Certo é que muitas semelhanças existem, dentre as quais: o conceito de empregado utilizado pela legislação previdenciária no artigo 11, inciso I, alínea *a*, da Lei 8.213/91 é o mesmo conceito anteriormente utilizado pela Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 3.º. Da mesma maneira, outros conceitos são similares, como empregada doméstica, empregador, remuneração etc.

O Direito do Trabalho contribuiu sobremaneira com o Direito Previdenciário. Aliás, este veio em respeito às necessidades emergentes dos trabalhadores que precisavam de proteção durante certos eventos da vida que ocasionavam ou poderiam ocasionar situações de necessidade. Rapidamente o empregador constatou sua responsabilidade social pelo bem-estar dos seus trabalhadores. Ademais, à medida que as indústrias iam se desenvolvendo restava cada vez mais clara a urgência de se garantir proteção ao trabalhador, que sofria riscos naturais e merecia um local de trabalho higiênico e seguro.

Na tentativa de continuar traçando a relação que existe entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário e as diferenças existentes entre ambos, alguns conceitos serão postos.

JOSÉ MARTINS CATHARINO esclarece que:

> O 'Direito Individual do Trabalho' ou 'Direito do Trabalho em sentido estrito', tendo por núcleo a relação de emprego, abrange tanto as normas gerais como as especiais de proteção do trabalho (CLT, arts. 13 a 441). Compreende, em apertada síntese, principalmente, o trabalho remunerado, livre, privado e subordinado, antes, durante e após ser prestado por

> uma ou mais pessoas naturais a outra pessoa, natural e jurídica, referente à relação de emprego, unindo o empregador-empresa ao empregado.[74]

O Direito Previdenciário, por sua vez, não representa o exercício de atividade remunerada, mas sim a proteção por um Instituto distinto (Previdência Social) que ampara justamente as situações em que o trabalhador precisa parar de trabalhar por questões físicas, mentais, pelo nascimento do filho (em relação à mulher), causadoras de necessidades, ou situações que, embora não exijam o afastamento do trabalho, simbolizam indenização ou proteção familiar, como ocorre com o auxílio-acidente e o salário-família respectivamente.

Para melhor sedimentar a autonomia existente entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, destaca-se que a falta de recolhimento, pelas empresas, das contribuições previdenciárias, não pode prejudicar o empregado (presunção de desconto e repasse pelo empregador). Desta maneira, uma obrigação surgida em virtude do vínculo trabalhista é totalmente autônoma em relação ao vínculo previdenciário.

É importante consignar que na relação trabalhista, de um lado está o empregado e, de outro, o empregador. Na relação jurídica previdenciária, por sua vez, de um lado está o segurado e, de outro, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Para AMAURI MASCARO NASCIMENTO, a independência destes ramos do Direito (Previdenciário e Trabalhista):

---

[74] CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**..., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 57.

> Pode ser claramente observada ao se comparar, entre as instituições básicas, nucleares, dos dois setores, no direito do trabalho, o contrato individual de trabalho, a organização sindical, as convenções coletivas de trabalho e a administração pública do trabalho; na seguridade social, o seguro social, o custeio do sistema de previdência e assistência social, os benefícios e os beneficiários. Aquele, ramo do direito privado; este, do direito público. O primeiro fixando direitos para o trabalhador em atividade; o segundo, regras para o segurado durante a sua inatividade transitória ou permanente em razão dos riscos e contingências a que está exposto.[75]

ILÍDIO DAS NEVES, embora destaque as razões históricas que deram origem ao Direito Previdenciário, as problemáticas surgidas com a execução do trabalho e a utilização de alguns princípios e conceitos próprios do Direito do Trabalho pelo Direito Previdenciário, relata que "hoje em dia os sistemas de segurança social e os respectivos ordenamentos jurídicos têm um âmbito pessoal que ultrapassa o mero espaço dos trabalhadores por conta de outrem"[76], o que o distinguiria do Direito do Trabalho.

Para tanto, ILÍDIO DAS NEVES[77] releva quatro fatores que distinguem os aludidos ramos do Direito:

a. Origem normativa ou a base jurídica dos direitos dos interessados: nesta situação, enquanto o Direito de Segurança Social decorre da lei, o Direito do Trabalho emerge de um contrato individual.

b. Natureza da relação jurídica de segurança social relativamente à relação jurídica laboral: enquanto a relação jurídica de segurança social é

---

[75] NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 392-393.
[76] NEVES, Ilídio das. **Op. cit.**; p. 106.
[77] **Ibid.**; p. 106-108.

complexa, vez que integra uma série de outras relações jurídicas menores ou da verificação de circunstâncias, em regra, não relacionadas à vontade das partes, o Direito do Trabalho enquadra relações simples, bilaterais.

c. Objeto juridicamente relevante e suas particularidades: no Direito da Segurança Social, o objeto é a prestação, quando da ocorrência de um risco social, sem que haja uma situação necessariamente sinalagmática. Já no Direito do Trabalho, o objeto é a prestação do trabalho remunerado e existe o perfeito sinalagmatismo, pois em retribuição ao trabalho, o empregador tem a obrigação de efetuar pagamento ao seu empregado.

d. Vida da relação jurídica: enquanto o vínculo de segurança social é permanente e de natureza institucional, o vínculo contratual pode ser temporário e tem natureza individual.

ILÍDIO DAS NEVES[78], portanto, enaltece a plena autonomia do Direito da Segurança Social, afirmando sua existência tanto do ponto de vista didático, como científico e legislativo.

Enfim, o Direito do Trabalho influencia o Direito Previdenciário porque alguns benefícios previdenciários afetam o contrato de trabalho. Mesmo com tal influência, estes ramos do Direito mostram-se autônomos do ponto de vista didático, científico e jurídico.

A questão que se coloca, portanto, é relativa às conseqüências do recebimento de benefício previdenciário pelo empregado no contrato de trabalho.

---

[78] **Ibid.**; p. 114.

Assim, embora a previdência social vise amparar todo trabalhador, seja o que trabalha por conta alheia, seja o que trabalha por conta própria, o empregado será analisado de forma exclusiva no presente trabalho.

Em apoio a esta tese, haverá discussão a respeito de tais conseqüências, delimitando alguns benefícios que merecem ser apurados, bem como o papel do empregador nestas circunstâncias.

Mas, antes de dar prosseguimento a estas colocações, é preciso ainda mencionar a autonomia do Direito Previdenciário em relação aos demais ramos do Direito e traçar alguns conceitos inerentes ao Direito Previdenciário e ao Direito do Trabalho.

3.5 Autonomia do Direito Previdenciário em relação aos demais ramos do Direito

Ao tratar da autonomia do Direito Previdenciário em relação aos demais ramos do Direito, é preciso considerar aquilo que já foi mencionado inicialmente: que o Direito é considerado uno, indivisível. Falar em autonomia de determinado ramo do Direito significa, tão-somente, considerar a autonomia para fins didáticos, sem com isso significar qualquer ruptura com o restante do corpo jurídico.

Nesta acepção, interessante definição é dada por EVARISTO DE MORAES FILHO, para quem:

> Embora o direito seja um só, com a mesma finalidade e os mesmos propósitos de regular, mediante sanção, a conduta

> dos homens em sociedade, em qualquer de seus aspectos externos, um ramo jurídico consegue alcançar a fase final de autonomia quando atinge a maturidade, passando a gozar da liberdade de poder orientar-se por princípios próprios, com características de direito especial. Porque é constituído para um fim especial, também especiais são os seus princípios, a sua doutrina, os seus desígnios, os seus métodos[79].

Como já analisado (subitem 3.3), na atualidade, o Direito Previdenciário é considerado ramo autônomo do Direito, possuindo princípios e institutos próprios. Merece, portanto, estudo adequado e particular.

Embora autônomo, o Direito Previdenciário faz parte de um todo, relacionando-se com outros ramos do Direito.

Vista a relação que o Direito Previdenciário detém com o Direito do Trabalho, bem como a autonomia existente entre eles, faz-se necessário destacar a relação do Direito Previdenciário com os demais ramos do Direito.

Com o Direito Constitucional, base de todo ordenamento jurídico, o Direito Previdenciário possui estreita relação. Essa ligação remonta à importância demonstrada em relação à proteção do trabalhador por ambos.

Nos artigos 7.º a 10 da Constituição Federal são relacionados inúmeros direitos dos trabalhadores, nos quais se encaixam alguns dispositivos direcionados ao Direito Previdenciário.

Em acréscimo, a Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988 tratou, no Título VIII, da Ordem Social, cuidando da previdência social de forma específica na Seção III (art. 201), delimitando seus princípios no

---

[79]MORAES FILHO, Evaristo de. **Tratado elementar de Direito do Trabalho**. 2. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos L. A., 1965, p. 91.

parágrafo único do artigo 194, estabelecendo as bases financiadoras do sistema no artigo 195, bem como os ideais que deve perseguir, no artigo 193 (bem-estar e justiça social).

Também se pode invocar a relação do Direito Previdenciário com o Direito Administrativo. Este surgiu juntamente com o Estado-Providência.

O Direito Administrativo tem como finalidade proteger o interesse público. Por isso, o Estado é administrado partindo da noção de que toda a sociedade merece proteção e que o interesse público prepondera sobre o interesse particular.

Da mesma maneira, o Direito Previdenciário visa o interesse social. Destarte, não se preocupa com uma pessoa individualmente considerada, mas com toda a sociedade que clama por proteção.

Como se não bastasse, o Direito Administrativo faz parte de uma das funções do Estado: administrar. O Executivo realiza essa função. No âmbito da previdência social, as normas administrativas foram editadas pelo Presidente da República, através do Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999 (Regulamento da Previdência Social).

O próprio Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal, é regido pelas regras do Direito Administrativo.

O Direito Penal também encontra relação com o Direito Previdenciário. O Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) estabelece crimes praticados contra a previdência social. Exemplo disso, o artigo 337-A do Código Penal, que trata da sonegação de contribuição previdenciária, estabelecendo como pena a reclusão, de 2(dois)

a 5(cinco) anos, e multa. Muitas outras penas são aplicadas às empresas, principalmente em relação à apropriação indébita previdenciária (art. 168-A), delito comum neste meio.

Com o Direito Civil, o Direito Previdenciário também se relaciona, ao utilizar alguns conceitos disciplinados pelo Código Civil, em que pese o caráter público de um (Direito Previdenciário) e privado de outro (Direito Civil): casamento, cônjuge, ex-cônjuge, ausência, seguro, prescrição e decadência etc.

Também é indubitável a importância do Direito Tributário para o ramo do Direito Previdenciário, vez que as contribuições sociais que dão sustentação ao caixa da previdência social são consideradas tributos pela doutrina dominante, seguindo, por conseqüência, regras do Direito Tributário. Nesta seara, o lançamento do crédito previdenciário utiliza a regra do artigo 142 do Código Tributário Nacional. Outros dispositivos tributários são empregados pela legislação previdenciária, como os artigos 113, 114, 119, 120 todos do CTN.

No que tange ao Direito Comercial, sua ligação com o Direito Previdenciário se reporta ao fato de que este utiliza o conceito de empresa e empresário com o intuito de efetuar a cobrança das contribuições previdenciárias. Assim é que o artigo 195, inciso I da Constituição Federal de 1988 estabelece que:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei.

É igualmente interessante destacar a relação do Direito Previdenciário com o Direito Internacional. Além dos inúmeros tratados internacionais em matéria de seguridade social, existe uma gama considerável de trabalhadores que prestam serviços no exterior. O Direito Previdenciário se valerá, então, das regras de Direito Internacional Público e das regras de Direito Internacional Privado.

Com assento nas colocações efetuadas, não resta dúvida de que o Direito Previdenciário, embora ramo autônomo do Direito, perfaz-se de conceitos e regras aplicáveis em sua origem a outros ramos.

Na sustentação deste raciocínio, é preciso prosseguir este estudo estabelecendo a distinção e relação entre os segurados da previdência social e os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, conforme capítulo a seguir.

CAPÍTULO 4 SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E O REGIME CELISTA

4.1 Segurados da previdência social

4.1.1 Noção geral

O termo “segurados” vem da própria expressão “seguridade social”.

AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ elabora o seguinte conceito: “Lá expressión “asegurado” se refiere a la persona que por su situación dentro de la sociedad determina la protección de la seguridad social”[80].

Como já mencionado, o termo segurado não se refere apenas ao empregado, mas aos trabalhadores em geral.

São segurados obrigatórios da previdência social: o empregado, o empregado doméstico, o trabalhador avulso, o contribuinte individual e o segurado especial. São segurados facultativos aqueles que, embora não

[80] RODRÍGUEZ, Américo Plá. Personas protegidas, asegurados e beneficiários, Cap. 37, In: LOZANO, Nestor de Buen; VALENZUELA, Emilio Morgado (Coords.). **Instituciones de derecho del trabajo e de la seguridad social**. México: Academia Iberoamericana de derecho del trabajo e de la seguridad social; Universidad Nacional Autónoma de México, 1997. (- Série G: Studios Doctrinales, n. 188), p. 624.

exerçam atividade remunerada, se inscrevem na previdência social através de ato volitivo.

Para a aquisição da qualidade de segurado é preciso que ocorra a inscrição e a filiação do segurado na previdência social.

A inscrição representa o cadastro no regime previdenciário, ocorrendo no momento em que o segurado passa a integrar como beneficiário da previdência social. A partir da inscrição, os segurados são identificados pelo NIT - Número de Identificação do Trabalhador, que é único, pessoal e intransferível e, para os segurados cadastrados no PIS/PASEP (Programa de Integração Social/Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público), não cabe novo número de identificação (NIT), sendo reconhecidos pelo número do PIS ou pelo do PASEP.

Para o empregado, a inscrição é formalizada pelo contrato de trabalho, efetuada diretamente pela empresa. Com relação ao trabalhador avulso, a inscrição é formalizada a partir do cadastro e registro no Órgão Gestor de Mão-de-Obra ou no sindicato.

A inscrição do empregado doméstico é efetuada por documento que comprove o contrato do trabalho, a CTPS - Carteira de Trabalho de Previdência Social, sendo realizada diretamente no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

O contribuinte individual, por sua vez, realiza sua própria inscrição junto ao Instituto Previdenciário através de documento que caracterize sua condição.

O segurado especial necessita de documento que comprove exercício de atividade rural (agropecuária ou pesqueira) sendo a inscrição realizada no INSS.

Por fim, a inscrição do facultativo ocorre a partir da apresentação do documento de identidade e declaração que não exerce outra atividade que o enquadre como segurado obrigatório, realizada no INSS.

Saliente-se que a inscrição só é admitida para aquele que contar com a idade mínima de 16(dezesseis) anos.

Estando presentes todos os pressupostos para a inscrição do segurado, esta pode ser efetuada até mesmo após a sua morte e o benefício será devido aos seus dependentes.

Há ainda a previsão legal de que a previdência social poderá emitir identificação específica para efeitos exclusivamente perante ela.

Em contraposição à inscrição, a filiação representa o vínculo jurídico entre o segurado e a previdência, e ocorre automaticamente em virtude do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios e, para os facultativos, a partir do primeiro pagamento da contribuição social.

Como se constata, a filiação surge a partir de ato administrativo interno do Instituto Nacional do Seguro Social.

Ressalte-se, também, que apenas pessoas físicas podem ser filiadas ao sistema. Em se tratando de pessoa jurídica, falar-se-á em matrícula, que será realizada através de CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica) ou CEI (Cadastro Específico do INSS), para os equiparados às empresas e para as obras de construção civil.

Após a filiação e inscrição do trabalhador no Instituto Nacional do Seguro Social aparece a figura do segurado.

4.1.2 Trabalhadores

Da análise histórica da seguridade social no Brasil, verifica-se que houve o paulatino crescimento do manto protetor da legislação previdenciária.

Num primeiro momento, o trabalhador das estradas de ferro foi protegido pela Lei Eloy Chaves, em 1923, o que causou a revolta dos demais trabalhadores, que também almejavam proteção. A partir de 1933, houve um período de expansão, em que referida legislação amparava outras classes de trabalhadores, o que deu origem a uma série de Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPB, IAPC, IAPM etc.). Mas foi com a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, em 1960, que ocorreu a unificação da proteção previdenciária, incluindo todos os trabalhadores. Houve, inclusive, extensão da proteção aos trabalhadores rurais.

A legislação previdenciária atual (Lei 8.212/91 e 8.213/91) protege o trabalhador, assim considerado aquele que trabalha utilizando sua energia humana e seu conhecimento técnico, lógico, científico etc. Desta feita, o conceito de trabalhador é amplíssimo, não envolvendo apenas a figura do empregado, como também aquele que desenvolve atividade por conta própria, em âmbito residencial, sem finalidade lucrativa, entre outros.

Com isso, objetiva a previdência social amparar o trabalhador de maneira geral, independentemente: do vínculo que se estabelece com quem

o contrata; do trabalhador assumir o risco da sua atividade; de exercer atividade urbana ou rural. Para ser segurado obrigatório da previdência social basta exercer atividade remunerada.

Não se inserem automaticamente no sistema as pessoas que não exercem atividade remunerada. No entanto, tendo em vista a grandiosidade da previdência social, esta também garante a possibilidade de proteger o não trabalhador (ou aquele que exerce atividade voluntária, sem remuneração), desde que tenha a idade mínima de 16 (dezesseis) anos, não exerça atividade remunerada e se filie por ato volitivo, vertendo contribuição social para o sistema sob o valor declarado, como se infere do artigo 11 do Decreto 3.048/99. Nesta hipótese, o segurado será denominado “segurado facultativo”.

4.1.2.1 Estudo etimológico

Ao conceituar trabalhador, CESARINO JÚNIOR e MARLI A. CARDONE o define como “todo indivíduo que necessita do produto do seu trabalho para poder viver e fazer viver a sua família”.[81]

Em sentido lato, trabalhador pode significar aquele que exerce determinado trabalho (conjunto de medidas para alcançar certo fim).

---

[81] CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito Social...,** v. I, p. 34.

Num sentido *stricto*, trabalhador não é qualquer indivíduo que exerce atividade que lhe dê “trabalho”, mas aquele que desenvolve atividade remunerada.

A legislação previdenciária define trabalhador todo aquele que exerce atividade remunerada, sendo considerado, portanto, segurado obrigatório da previdência social. No mesmo sentido, ao conceituar trabalhador empregado, a Consolidação das Leis do Trabalho destaca a remuneração como um dos elementos determinantes desta classe de trabalhadores (art. 3.º, CLT).

Assim, aquele que exerce determinada atividade, sem o elemento “remuneração”, não será protegido pela legislação específica do trabalhador, visto que a gratuidade não faz parte da proteção trabalhista e previdenciária, salvo, em relação a esta última, se referir-se ao segurado facultativo (aquele que não exerce atividade remunerada, mas deseja contribuir para a previdência, na condição de segurado facultativo).

4.1.3 Classificação

Como já mencionado, a legislação previdenciária não se refere apenas ao empregado, mas aos trabalhadores de maneira geral.

Os segurados são classificados em:

a) Obrigatórios: quando exercentes de atividade remunerada;

b) Facultativos: que, embora não exerçam atividade remunerada, desejam filiar-se ao sistema previdenciário.

Dentre os segurados obrigatórios, é elaborada a seguinte classificação:

a) Empregado;

b) Empregado doméstico;

c) Trabalhador avulso;

d) Contribuinte Individual;

e) Segurado Especial.

Neste sentido, classificam-se os segurados do sistema como:

a) Pessoas físicas (já que as pessoas jurídicas não são beneficiárias do sistema);

b) Que exercem, exerceram ou não atividade remunerada ou sem remuneração, efetiva ou eventual, com ou sem vínculo empregatício.

A partir deste conceito, observa-se que o aposentado também está incluído como segurado do sistema, já que beneficiário do mesmo.

É preciso ter a idade mínima de 16(dezesseis) anos para ser segurado, que é a idade permitida para trabalhar (artigo 7°, XXXIII da Constituição Federal de 1988). A exceção diz respeito ao menor aprendiz, que pode trabalhar a partir dos 14(quatorze) anos. Ressalte-se, no entanto, que o fato da pessoa ter trabalhado antes dos 14(quatorze) anos não pode acarretar desconsideração da sua qualidade de segurado[82].

---

[82] AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO POR MENOR DE 14 ANOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. "1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, seguindo a

4.1.4 Definição

Conforme enumerado, são segurados obrigatórios da previdência social: o empregado, o empregado doméstico, o trabalhador avulso, o contribuinte individual e o segurado especial.

Iniciando pelo conceito de empregado, é preciso destacar que empregado é a pessoa física, que exerce atividade remunerada, com pessoalidade, mediante subordinação, em caráter não eventual, conforme análise no subitem 5.1.6.

Este conceito é encontrado no artigo 3.º da Consolidação das Leis do Trabalho e repetido no artigo 11, inciso I, da Lei 8.213/91.

Nas palavras de JOSÉ MARTINS CATHARINO:

> Sendo o empregado pessoa humana, e não sendo possível separar-se o trabalho a que se obriga dela própria, a obrigação que assume é pessoal e patrimonial, de fazer, a de trabalhar pessoalmente para outra pessoa, natural ou jurídica,

---

orientação do Pretório Excelso, consolidou já entendimento no sentido de que a Constituição da República, ela mesma, ao limitar a idade para o trabalho, assegurou a contagem do tempo de serviço antes dos 14 anos de idade, para fins previdenciários, precisamente por se tratar, em natureza, de garantia do trabalhador, posta para sua proteção, o que inibe a sua invocação em seu desfavor, de modo absoluto. 2. Precisamente, também por força dessa norma constitucional de garantia do trabalhador, é que o tempo de trabalho prestado antes dos 14 anos deve ser computado como tempo de serviço, para fins previdenciários, o que quer dizer, independentemente da falta da qualidade de segurado e do custeio relativo a esse período, certamente indevido e também de impossível prestação. 3. O fato do menor de 14 anos de idade não ser segurado da Previdência Social não constitui qualquer óbice ao reconhecimento do seu direito de averbar esse tempo de serviço para fins de concessão de benefício previdenciário. Inteligência do artigo 55, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 8.213/91." (REsp 464.031/RS, da minha Relatoria, in DJ 12/5/2003). 2. Agravo regimental improvido.(Min. HAMILTON CARVALHIDO; AGRESP 464556 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2002/0117374-0; DJ DATA:06/10/2003 PG:00339).

> em troca da remuneração, resultante, quase sempre, de uma obrigação de dar, a cargo de quem se beneficia com o produto do trabalho alheio.[83]

Outra classe de trabalhadores protegidos pela previdência social é a formada pelos empregados domésticos.

A Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972, regula a profissão do empregado doméstico e dá outras providências. Em seu artigo 1.º considera empregado doméstico aquele que "presta serviços de natureza contínua e de finalidade não-lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas".

Da mesma maneira, a Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991, define como empregado doméstico aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos (art. 11, inciso II).

Ao conceituar empregado doméstico, MOZART VICTOR RUSSOMANO tece a seguinte crítica:

> [...] a lei usou palavras impróprias, quando disse que são assim considerados os que desempenham serviços de natureza não econômica. Ora, o doméstico é a mucama, a cozinheira, o jardineiro, etc. Todas as tarefas desenvolvidas pelos mesmos visam à satisfação de necessidades e, portanto, têm natureza econômica. Dessa forma, melhor fora adotar, como critério fundamental para definição dos empregados domésticos, dois fatos: a) o local da prestação de serviços; b) a finalidade da operação trabalhista.[84]

---

[83] CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**..., 1982, p. 162.
[84] RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no Direito Brasileiro...**, p. 103.

Em outras palavras, se o empregado trabalhar para o âmbito residencial, sem a finalidade lucrativa, será considerado empregado doméstico. Caso esse mesmo empregado venha exercer tarefas com intuito lucrativo, ainda que no âmbito residencial, deixa de existir a figura do empregado doméstico. Falar-se-á, neste caso, apenas em empregado.

Problema se apresenta quando o empregado exerce atividade ora em âmbito residencial e sem finalidade lucrativa, ora auxiliando o empregador a realizar atividade com intuito econômico ou profissional. Nessa hipótese, MOZART VICTOR RUSSOMANO[85] estabelece que o critério utilizado para definir o empregado como doméstico ou não deve resultar do critério da prevalência da destinação atribuída aos serviços prestados, cabendo ao juiz o exame, caso a caso, da situação mais adequada.

A distinção desses conceitos (empregado e empregado doméstico) ganha relevo, mormente diante da não aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho ao empregado doméstico (art. 7.º, alínea *a*), e de algumas regras diferenciadas em relação a estes trabalhadores posta pela legislação previdenciária.

Abrindo um pequeno parêntesis, é preciso destacar que a diferenciação entre empregado e empregado doméstico muitas vezes cria a desigualdade, por excluir, em determinadas ocasiões, o doméstico da proteção previdenciária[86].

---

[85] RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Curitiba/PR: Juruá, 1997, p. 83.

[86] O empregado doméstico não tem direito, por exemplo, ao salário-família e nem ao auxílio-acidente.

O trabalhador avulso também faz parte dos segurados obrigatórios da previdência, a ele sendo garantidos os mesmos direitos conferidos ao empregado, por expressa disposição constitucional (artigo 7.º, inciso XXXIV, CF/88).

Vulgarmente falando, o termo “avulso” significa separado, sozinho, desligado.

O artigo 4.º, alínea *c*, da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) de 1960, definia trabalhador avulso como “o que presta serviços a diversas empresas, agrupado ou não em sindicato, inclusive estivadores, conferentes e assemelhados”.

A Portaria n. 3.107, de 7 de abril de 1971, conceituava trabalhador avulso como “todo trabalhador sem vínculo empregatício que, sindicalizado ou não, tenha a concessão de direitos de natureza trabalhista executada por intermédio da entidade de classe”.

De conformidade com a legislação atual, o trabalhador avulso é aquele que presta serviço a diversas empresas, de natureza urbana ou rural, sem vínculo empregatício (artigo 11, VI, Lei 8.213/91). Para a realização desta atividade, é necessária a intermediação obrigatória do Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO) ou sindicato.

Ainda na qualidade de segurado obrigatório da previdência social, é relacionado o contribuinte individual. Embora trabalhador, não detém as características de empregado, fugindo à subordinação hierárquica. Este trabalhador é considerado independente, age por sua conta e risco e delimita seus horários.

O artigo 4.º, alínea *d*, da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/60) o definia como “o que exerce habitualmente e por conta própria, atividade remunerada”.

O artigo 11, inciso V, da Lei 8.213/91, embora não conceitue contribuinte individual, elenca uma série de segurados que se enquadram como tal, podendo dividi-los em empresários, equiparados a empresários e autônomos.

São chamados individuais, porque sempre foram responsáveis por efetuar sua própria contribuição à previdência social. Com a Lei 10.666 de 2003, caso o contribuinte individual preste serviço à determinada empresa, essa será responsável pelo desconto e repasse do valor à previdência social, o que representa a diminuição do índice de sonegação previdenciária por parte desta classe de trabalhadores.

Por fim, como segurado obrigatório da previdência social, enumera-se também o segurado especial.

É segurado especial o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 16 (dezesseis) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo (inciso VII do artigo 9.º do Decreto 3.048/99).

Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é

exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados (§1.º do artigo 11 da Lei 8.213/91).

Além desses trabalhadores, é preciso destacar o segurado facultativo. Classificado como aquele que não exerce atividade remunerada, o segurado facultativo tem sua proteção previdenciária condicionada à inscrição e filiação na previdência social de forma voluntária. Uma vez realizada sua inscrição e sendo filiado, terá direito aos benefícios previdenciários nos termos e limites da legislação previdenciária (Lei 8.213/91).

4.1.5 Segurados da previdência social amparados pela Consolidação das Leis do Trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho preleciona em seu artigo 7.º que suas normas não se aplicam:

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas;

b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais;

c) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições.

d) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos ao regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos.

Em conclusão ao citado artigo, observa-se que a Consolidação das Leis Trabalhistas não se aplica aos seguintes segurados da previdência social:

- Empregado doméstico;

- Trabalhador avulso;

- Contribuinte individual;

- Segurado especial;

- Segurado facultativo.

Desta maneira, a legislação trabalhista coloca apenas o empregado sob o seu aparato protetor. Justamente por isso, e por ser objeto deste trabalho, será enfocada apenas a figura do empregado. Observe-se que o servidor público também é inserido no rol de segurados da previdência na qualidade de empregado quando for: a) comissionado; b) em cargo efetivo, se não estiver amparado por regime próprio; c) contratado por tempo determinado; d) ocupante de emprego público; e) o exercente de mandato eletivo, desde que não amparado por regime próprio da previdência.

CAPÍTULO 5 O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO E O RECEBIMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

5.1 Relação de emprego

Conceituar “relação jurídica” faz parte da essência do Direito. Todas as relações formadas do ponto de vista do Direito positivo integram o conceito de relações jurídicas.

A relação é considerada jurídica quando é disciplinada pelo Direito, que coloca de um lado o sujeito ativo, que tem um direito subjetivo, em detrimento de outra, a quem a lei impõe um dever.

Desta forma, o Direito regula estas relações, atuando seja através do controle, seja através da adequação e observância das situações sociais.

Observe-se que para ser considerada jurídica, a relação não pode ser simplesmente factual. A relação factual se refere às relações às quais não há incidência de norma jurídica. Sob este prisma, não há incidência de uma norma juridicamente considerada, pois se refere às situações da vida com cunho meramente moral, religioso, artístico etc.

Nas relações jurídicas, encontra-se presente a figura do Estado, como regulamentador das situações sociais. Da análise social, surgem os

chamados modelos jurídicos, que irão condicionar e orientar as relações jurídicas, estabelecendo o alcance das mesmas.

Para MIGUEL REALE, a relação jurídica possui dois requisitos necessários para o seu surgimento:

> Em primeiro lugar, uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem conseqüências obrigatórias no plano da experiência. [87]

Conforme CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, relação jurídica "é o vínculo que impõe a submissão do objeto ao seu sujeito. Impõe a sujeição de um a outro"[88].

SILVIO RODRIGUES, por sua vez, dispõe que "relação jurídica é aquela relação humana que o ordenamento jurídico acha de tal modo relevante, que lhe dá o prestígio de sua força coercitiva"[89].

Segundo CAIO MÁRIO "*sujeito* é aquele a quem a ordem jurídica concede a faculdade de agir, é o destinatário da norma jurídica, que corresponde ao homem; *objeto* é o bem jurídico pretendido pelo sujeito da relação; e *relação jurídica* é o meio pelo qual o direito subjetivo realiza-se, é o vínculo que impõe a submissão do objeto ao sujeito"[90].

---

[87] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 216.

[88] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed., vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 20.

[89] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** parte geral. 22. ed., Vol. 1. Saraiva: São Paulo, 1991, p. 36.

[90] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Op. cit.;** v. I, p. 20.

Os sujeitos que fazem parte desse vínculo são divididos em ativos e passivos. Por sujeito ativo, entende-se aquele que possui direitos advindos da formação do vínculo jurídico, sendo que serão sujeitos passivos aqueles sobre os quais recai um dever oriundo deste mesmo vínculo.

MIGUEL REALE[91] traz ainda outro elemento da relação jurídica: o *vínculo de atributividade*, ou seja, vínculo através do qual a parte na relação adquire legitimidade para exigir do outro o objeto acordado.

No Direito do Trabalho, constata-se relações jurídicas contratuais individuais e relações jurídicas contratuais coletivas. Interessa-nos as primeiras, objeto deste estudo.

O artigo 442, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Diversas críticas surgiram em relação a este artigo, especialmente porque parte da doutrina entendeu que referido artigo retirou o caráter contratual da relação de emprego.

Esse questionamento parece infundado, mormente porque havendo relação de emprego, efetivamente está formado o contrato de trabalho, que não exige maiores formalidades.

Seguindo o entendimento de que sem contrato de trabalho não há que se falar em relação de emprego, DÉLIO MARANHÃO estabelece que:

---

[91] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito...**, p. 219.

> [...] onde há contrato, verifica-se, entre os contratantes, uma relação jurídica (vinculum iuris). Admissível, isto sim, a seguinte distinção terminológica: 'relação jurídica de trabalho' é a que resulta de um contrato de trabalho, denominando-se 'relação de emprego' quando se trata de um contrato de trabalho subordinado. Quando não haja contrato, teremos uma simples 'relação de trabalho'.[92]

Como se verifica, a relação de emprego dá origem a uma relação contratual, manifestada pela vontade conjunta de empregado e empregador.

Fala-se em contrato individual de trabalho quando se verifica de um lado o empregador, de outro o empregado, que pactuam individualmente acerca da prestação de determinado serviço.

O contrato de trabalho pressupõe a obrigação, por parte do empregado, de fazer alguma coisa e, em relação ao empregador, de efetuar o pagamento ao empregado pela atividade prestada.

Diante desta situação, o empregador visa obter uma prestação efetiva por parte do empregado – que satisfaça seus interesses econômicos e sociais – e o empregado almeja obter ganho suficiente para manter a si e à sua família com dignidade. Daí surge a relação de emprego, que nada mais é do que o vínculo obrigacional que liga empregado a empregador, gerando direitos e deveres recíprocos.

Dentre os deveres do empregado enumeram-se os de boa-fé, diligência, fidelidade, assiduidade, colaboração, não-concorrência, de exercer

---

[92] MARANHÃO, Délio. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**..., p. 235.

a atividade para a qual foi contratado e de submeter-se à hierarquia do empregador, seguindo suas ordens.

O empregador deve ter sua conduta pautada na boa-fé (sob pena de rescisão indireta do contrato de trabalho), observando as normas de segurança e medicina do trabalho, a não-discriminação, efetuando o pagamento do salário do empregado na data avençada ou legalmente imposta.

5.1.1 Gênese dos contratos individuais de trabalho

Em 18 de julho de 1901 é empregada na França a expressão "contrato de trabalho", a partir de Decreto que tratava da conservação no trabalho dos reservistas e territoriais chamados a prestar serviço militar obrigatório.

Ainda assim, parte da doutrina considerava como mais adequada, a utilização da expressão "locação de trabalho" ou "locação de serviço".

ANTONIO FERREIRA CESARINO JUNIOR[93] criticou tal expressão, baseando-se no princípio da dignidade humana. Para ele, o artigo 71 do Código Social (Esboço de uma síntese social católica), contribuiu para esclarecer o assunto, já que dispunha que "o trabalho não é uma forma instrumental, uma mercadoria, que se compra e se vende, que se transporta à

[93] CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. **Natureza Jurídica do Contrato Individual de Trabalho**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1938, p. 19-20.

vontade". Afirmou, ainda: "com efeito, a locação é a concessão a outra pessoa do uso e desfrute de uma cousa, por tempo determinado e preço certo e com a obrigação do locatário de conservar a forma e a substância da mesma. Como aplicar isso ao trabalho humano, que não é uma cousa? Como aproveitar os serviços, conservando sua forma e substância?"[94]

Leão XIII, ao ser eleito Papa, contribuiu sobremaneira para questões sociais. Na Encíclica Rerum Novarum de 15 de maio de 1891, deixou clara a proteção à dignidade humana dos trabalhadores ao afirmar que "quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do cristão"[95].

Desta maneira, o trabalhador não poderia ser visto como escravo, objeto, peça, mas sim como ser humano, sujeito de direitos e obrigações, sendo, portanto, imprópria a aplicação da expressão "contrato de locação de serviço".

Referida expressão foi colocada pelo Código Civil de 1916 (art.1216), já que o mesmo falava em contrato de locação de serviços. Essa terminologia ganhou severas críticas.

Na seqüência, a Lei n. 62, de 5 de junho de 1935 falou em "contrato de trabalho".

---

[94] **Ibid.**; p. 20.

[95] **Carta Encíclica *Rerum Novarum*** do Papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 19/12/2006.

Repetindo a expressão “contrato de trabalho”, destaca-se o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943. Há, no entanto, que se considerar bastante controvertida a utilização dessa terminologia. O ideal é o uso da expressão “contrato de emprego”, já que o contrato se dá entre empregado e empregador e não com qualquer trabalhador (autônomo, eventual etc.). No entanto, na atualidade utiliza-se “contrato de trabalho” e “contrato de emprego” como sinônimos.

5.1.2 Natureza jurídica da relação de emprego

Acirradas discussões sempre nortearam o tema “natureza jurídica da relação de emprego ou natureza jurídica do contrato individual de trabalho”.

Como já afirmado, a relação de emprego pressupõe a existência de um contrato de trabalho, ainda que elaborado de forma tácita. Por isso, a doutrina acabou tratando essas expressões como similares, embora grandes doutrinadores tenham negado a natureza contratual desta relação, como ver-se-á a seguir.

No que se refere ao questionamento quanto à natureza jurídica contratual ou não da relação de emprego, encontram-se as seguintes teorias:

a) Teoria anticontratualista: segundo essa teoria, não existe qualquer relação contratual entre empregado e empregador, já que o empregado não discute as cláusulas contratuais. O que haveria, na verdade,

seria um estatuto elaborado pela própria empresa. O empregado não discute contrato, ele simplesmente segue o estatuto previamente constituído;

b) Teoria contratualista: de acordo com essa teoria, a relação entre empregado e empregador é formada por um contrato, já que depende da aquiescência das partes para ser constituído. Ainda que o empregador imponha as cláusulas ao empregado, há um contrato, já que decorre da vontade do empregado o exercício da atividade. Cabe ao Estado impor os limites contratuais ao empregador. Tais limites são encontrados tanto na Consolidação das Leis do Trabalho como na Constituição Federal. Considerando ainda o fato de que não há discussão das cláusulas contratuais entre empregado e empregador, estar-se-á diante de um contrato de adesão, em que o empregador impõe o contrato de trabalho ao empregado, que a este adere ou não.

c) Teoria mista: segundo esta teoria, a relação entre empregado e empregador não advém apenas de contrato, mas da atividade exercida pelo empregado.

Em que pese o surgimento de diversas teorias na tentativa de delimitar a natureza jurídica dos contratos de trabalho, deve perdurar a teoria que a define como contrato de adesão.

Para LUIZ FERNANDO COELHO, ao se referir aos princípios que norteiam o Direito do Trabalho esclarece que:

> Na ordem social legitimada por tais princípios, conjugados com o aspecto alienante da ideologia, nem o Estado é entidade neutra, que protege os oprimidos, nem o trabalhador é autônomo para decidir sua própria participação na relação

> de emprego, nem o contrato individual de trabalho é uma ordem sinalagmática de igualdades[96].

Desse entendimento, extrai-se que a natureza jurídica do contrato de trabalho, em que pese a proteção dada pela legislação trabalhista, é de contrato de adesão, já que as regras são previamente impostas pelo empregador (com a ressalva de que devem estar de acordo com a Consolidação das Leis de Trabalho, com a Constituição Federal e com os acordos e convenções coletivas). Não se pode falar em autonomia da vontade, quando se está diante de uma relação em que há evidente desigualdade econômica e social entre empregado e empregador.

DÉLIO MARANHÃO concorda que a natureza jurídica da relação de emprego seja contratual. Segundo este doutrinador "[...] se o empregado é admitido para trabalhar na empresa, essa admissão pressupõe, como é lógico, um acordo de vontades: um contrato, pois. Dir-se-á que a manifestação de vontade do empregado se resume em um ato de adesão a condições prefixadas pelo empregador ou pela lei".[97]

Com isso, embora se fale em relação de emprego a partir da existência do contrato de trabalho, há que se ressalvar que neste contrato não se verifica a expressão máxima da autonomia individual, já que esta é mitigada em virtude do contrato de adesão que traz esquemas pré-

---

[96] COELHO, Luiz Fernando. **Op. cit.;** p. 541-542.
[97] MARANHÃO, Délio. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**..., p. 234.

determinados pelo empregador. A autonomia do empregado restringe-se ao fato de aderir ou não ao contrato de trabalho.

Ao aderir ao contrato de trabalho, o empregado prende-se também ao regulamento da empresa, bem como às normas referentes ao serviço a ser prestado. Não há que se falar em livre consentimento das partes, nem em autonomia da vontade, quando ao empregado só resta aceitar ou não o contrato de emprego. Nesta situação, a hipossuficiência e a fragilidade do empregado, acabam sendo alarmantes.

É importante consignar que o Estado pode e deve intervir em tais relações de emprego com o intuito de proteção ao hipossuficiente.

Observe-se que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 9.º, CLT). Desta feita, mesmo as cláusulas contratuais sendo estabelecidas pelo empregador, o Estado impõe limites que devem ser obedecidos pelas partes.

Portanto, como já salientado neste subitem, a natureza jurídica do contrato de trabalho é de adesão. Esse entendimento é o mais adequado, vez que o empregador estabelece unilateralmente as cláusulas contratuais, sem que o empregado possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Dentre as teorias que se aventuraram a estabelecer a natureza jurídica desta espécie contratual, destacam-se:

a) Teoria que compara o contrato individual de trabalho à compra e venda: para essa teoria, o empregado vende seu trabalho ao empregador, e

este, por sua vez, compra o trabalho prestado pelo empregado através da remuneração.

b) Teoria que coloca o contrato individual de trabalho como espécie de contrato de sociedade: de acordo com essa teoria, é firmada uma sociedade entre empregado e empregador, através da qual ambos colaboram para o alcance do bem comum.

c) Teoria que compara o contrato individual de trabalho à troca: essa teoria afirma que existe uma troca realizada entre empregado e empregador. O empregado presta seu serviço, em troca de salário pago pelo empregador.

d) Teoria que compara o trabalho ao contrato de locação: para esta teoria, o empregado loca seu serviço ao empregador.

Após enumerar as teorias acerca da natureza do contrato de trabalho, é preciso tecer algumas considerações referentes às mesmas.

Ora, não se pode falar em contrato de compra e venda, já que neste o objeto vendido se separa de seu antigo dono. Esta espécie contratual pressupõe um objeto, ao passo que no contrato de trabalho fala-se em prestação de serviços.

Também não se pode falar em contrato de sociedade. As sociedades são classificadas em:

a) Empresárias: quando exercentes de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

b) Não empresárias (simples): quando não exercem atividade econômica organizada ou quando praticam atividade econômica civil, como ocorre com as sociedades de profissionais intelectuais.

Uma sociedade empresarial detém os seguintes pressupostos:

- pluralidade de sócios;

- constituição do capital social;

- *affectio societatis*;

- Participação dos resultados, positivos ou negativos, sendo nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas da sociedade (art. 1.008, Cciv.).

A sociedade, tanto empresária, como não empresária, visa o alcance de objetivos comuns. Como acentua JOAQUIM PIMENTA:

> [...] se uma das características do contrato de sociedade é o compromisso entre os sócios de disporem em comum de seus bens, de seus capitais, e, como conseqüência, distribuírem equitativamente os benefícios decorrentes da administração do patrimônio social, de que bens ou capital dispõe o trabalhador para associar-se e quais os benefícios que aufere ou que lhe cabem como juros ou dividendos?[98]

Nesta acepção, o contrato de trabalho está longe de ser considerado contrato de sociedade.

Não é certo também se falar em natureza jurídica de troca, já que se está diante da figura do trabalhador (elemento humano) e não de um objeto (coisa).

---

[98] PIMENTA, Joaquim. **Op. cit.;** p. 131.

De igual modo, associar o contrato de trabalho à locação não está correto, pois o homem não é objeto de locação.

A questão é muito mais perceptível ao se compreender que não é admissível separar o conceito de trabalho do conceito de trabalhador.

Tais considerações explicam porque o contrato de trabalho deve ser visto como categoria contratual autônoma, não se enquadrando como contrato de permuta, locação, compra e venda etc.

5.1.3 Características

Seguindo a classificação geral dos contratos, observa-se que o contrato de trabalho é consensual, bilateral, oneroso, comutativo, de trato sucessivo e *intuito personae*.

O vínculo obrigacional surge entre as partes, ainda que não haja consentimento pleno de uma delas. Isso se justifica em decorrência do contrato ser de adesão. Ocorre, porém, que o empregado deve ter plena consciência do contrato que está assumindo e deve manifestar-se livremente no sentido de aderir ou não ao mesmo. Com este vínculo, empregado e empregador se obrigam a cumprir o pactuado. Assim, deve haver conformidade com os artigos 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho:

> Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

> Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.(grifo nosso)

O contrato de trabalho deve ter algumas características. Neste diapasão, coloca-se como primeira característica a bilateralidade. Ora, ao se falar em “contrato individual de trabalho”, é preciso ter em mente que existem ao menos duas vontades livres e conscientes (empregado e empregador), que se manifestam positivamente em relação ao contrato.

Desta assertiva, extrai-se a segunda característica desta espécie contratual: o consenso. Basta o consenso entre as partes para que o contrato seja realizado (não há a necessidade de cumprir requisitos formais, podendo o contrato ser avençado, inclusive, de forma verbal).

Ainda sob a análise das características contratuais, destaca-se a onerosidade como terceira figura integrante do contrato individual do trabalho. Esta espécie contratual só subsiste se houver a remuneração paga pelo empregador ao empregado. Trabalho prestado de forma gratuita, no cumprimento de atividade voluntária, não se enquadra como contrato de trabalho, não estando, portanto, sob a égide da legislação trabalhista.

O caráter comutativo vem também integrar o rol de características do mencionado contrato**,** já que este impõe direitos e obrigações às partes. Existe uma equivalência obrigacional. O empregado deve exercer a atividade para a qual foi contratado. O empregador, por sua vez, deve pagá-lo por isso.

O contrato de trabalho tem como objeto a obrigação de fazer, prolongando-se no tempo, como verdadeiro contrato de duração. Daí dizer-se

que é um contrato de trato sucessivo, prolongando-se, em regra, por período indeterminado (tempo incerto).

Assim, o contrato de trabalho pressupõe a continuidade na prestação de serviços. Desta maneira, a atividade não se esgota numa única prestação, sendo desenvolvida de forma sucessiva.

O caráter *intuito personae* representa a pessoalidade exigida no exercício da atividade laborativa e restringe-se apenas ao empregado, que não poderá ser substituído na execução da sua atividade (salvo se o empregador contratar outro empregado, para executar idêntica função ou permitir que o empregado seja substituído por outro), pois como será visto no subitem 5.1.6 ocorre a despersonalização em relação ao empregador.

Portanto, o contrato de trabalho é realizado na seara das relações privadas, sendo consensual, sinalagmático perfeito, oneroso, comutativo e *intuito personae*.

5.1.4 Elementos

Dentre os elementos do contrato de trabalho, destacam-se os considerados essenciais.

Essenciais são os elementos que se referem à capacidade dos contratantes, à manifestação de suas vontades sem vícios de consentimento, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104, incisos I, II e II, do Código Civil). Estes elementos são pressupostos para a validade do negócio jurídico.

O contrato de trabalho pressupõe a capacidade civil das partes, ainda que esta não seja plena. A capacidade civil é definida pela Legislação Civil como relativa ou absoluta. É relativa quando a capacidade do indivíduo não é plenamente configurada, necessitando de sua complementação por outrem, que lhe assiste ou representa. É absoluta quando a pessoa detém plenas condições de realizar os atos da vida civil, sem que para isso precise ou dependa de outra. Ainda nessa classificação, cumpre-nos conceituar a incapacidade total, absoluta, que é aquela em que há a necessidade de outrem para que o ato seja válido, vez que a pessoa não é capaz de praticar atos da vida civil sem que alguém lhe represente.

O artigo 3.º, incisos I, II e III do Código Civil de 2002 estabelece a incapacidade plena para os atos da vida civil dos menores de dezesseis anos; dos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e dos que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Na seqüência, estabelece o Código Civil (artigo 4.º, incisos I a IV) a incapacidade do indivíduo relativa para certos atos, ou em virtude da maneira de os exercer. Assim, são relativamente incapazes os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por definição mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródigos.

A legislação trabalhista brasileira consagrou a possibilidade do indivíduo – ainda que não detenha plena capacidade civil – realizar um contrato de trabalho. Essa hipótese é vislumbrada, pois aos 16(dezesseis) anos de idade o indivíduo pode começar a exercer atividade remunerada.

Antes de alcançar esta idade, é admissível a figura do menor aprendiz[99] (aquele que pode desenvolver atividade remunerada com intuito de aprendizado a partir dos 14(quatorze) anos de idade). No mesmo sentido dispõe a Carta Constitucional de 1988 em seu artigo 7.º, inciso XXXIII[100].

Em apoio a este limite de idade, o Decreto 3.048/99 estabelece a idade mínima de dezesseis anos para o indivíduo filiar-se facultativamente à previdência social (art. 11, *caput*).

Deste modo, embora a capacidade plena seja alcançada apenas aos 18(dezoito) anos de idade, aquele que detém a capacidade relativa – por contar com a idade entre 16(dezesseis) e 18(dezoito) anos – pode exercer a atividade laborativa[101].

Como segundo requisito, aponta-se a necessidade de manifestação da vontade entre as partes, sem que haja vício de consentimento (erro, dolo, coação). A declaração de vontade deve ser pura e simples.

Há que se lembrar que são anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanam de erro substancial que pode ser

---

[99] Art. 403, CLT. É proibido qualquer trabalho a menores de 16(dezesseis) anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14(quatorze) anos.

[100] Art. 7.º.

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

[101] A menoridade pode cessar antes, por emancipação, tendo o menor dezesseis anos completos (Cód. Civil, art. 5º, parágrafo único, I). Representa uma das formas de emancipação o estabelecimento civil ou comercial ou a existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesseis) anos completos tenha economia própria.

percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio (art. 138, Código Civil).

No contrato de trabalho, a declaração volitiva pode dar-se de forma tácita ou expressa. Confirmando esse entendimento, o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Finalmente, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e ter forma prescrita e não defesa em lei. Deste modo, os contratos celebrados terão seu embasamento na lei, não sendo, portanto, ilícitos. A legislação brasileira não protege a prática de atos ilegais na formalização dos negócios jurídicos.

Além dos elementos mencionados anteriormente e considerados essenciais no contrato de trabalho, surgem outros. São os chamados elementos acidentais ou não essenciais, representativos de características particulares de determinados contratos de trabalho, embora não sejam requisitos exigidos pela legislação trabalhista.

Exemplificando, o contrato de trabalho é de trato sucessivo e pressupõe, em regra, a inexistência de cláusula que estabeleça seu termo. Entretanto, surge a figura do contrato por prazo determinado (elemento acidental), que põe fim ao contrato de trabalho, mediante prazo previamente ajustado entre as partes e em conformidade com a legislação trabalhista.

Dentre os elementos não essenciais, também cita-se aquele que estabelece a cláusula de exclusividade (já que o empregado não necessita

trabalhar exclusivamente para um único empregador). Havendo contrato de exclusividade, o empregado deve cumpri-lo, sob pena de ser dispensado por justa causa.

Também é considerado elemento não essencial a exigência de o empregado ser profissional ou ter determinado grau de escolaridade, já que a realidade demonstra que o analfabetismo é latente.

5.1.5 Espécies

O contrato de trabalho é classificado de diversas maneiras, a saber:

Quanto à forma de sua celebração:

a) Contrato escrito: em regra, os contratos são feitos de forma escrita. No que se refere ao Direito do Trabalho, o fato do contrato não ser escrito é irrelevante. Posta a relação de emprego, o contrato já está caracterizado.

b) Contrato verbal: a Consolidação das Leis do Trabalho não exige formalidades em relação ao contrato de trabalho, admitindo que o mesmo possa ser efetuado verbalmente, podendo, desta maneira, ser tácito ou expresso (art. 442 e 443 da CLT).

Quanto às regras adotadas:

a) Contrato comum: quando se refere ao empregado e é aplicada a Consolidação das Leis do Trabalho.

b) Contrato especial: embora siga a legislação trabalhista propriamente dita (Decreto-lei 5.452/43), possui regras especiais. Como exemplo disso, existem legislações que estabelecem dispositivos legais específicos para os bancários, professores etc.

Quanto à jornada:

a) Tempo total: quando o empregado trabalha 8 (oito) horas por dia (art.58, CLT), sendo esta jornada limitada pela semanal, de 44 horas (art. 445, CLT).

b) Tempo parcial: quando o empregado trabalha de 4(quatro) a 5(cinco) horas por dia, não podendo a jornada exceder 25 (vinte e cinco) horas por semana (art. 58-A, CLT).

Quanto ao prazo de duração:

a) Prazo determinado: não pode exceder a 2(dois) anos.

b) Prazo indeterminado: quando não existe prazo para seu término.

Quanto aos sujeitos:

a) Individual ou singular: quando relativo aos contratos efetuados entre empregado e empregador de forma individualizada. Um determinado empregado contrata um empregador específico.

b) Coletivo, plúrimo ou plurilateral: quando dois ou mais empregados realizam simultaneamente contrato com um mesmo empregador.

5.1.6 Conceito legal de empregado e de empregador

Como visto, toda relação jurídica pressupõe de um lado o titular do direito, o chamado sujeito ativo, ou seja, aquele que pode exigir determinada prestação e, de outro, encontra-se o devedor da relação, chamado sujeito passivo. Entre eles existe um objeto ligado à obrigação pactuada, podendo estar relacionado a um dever instrumental de fazer ou não fazer ou a uma obrigação de pagar.

De acordo com o artigo 3.º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Nessa concepção inicial, elabora-se a seguinte distinção existente na relação de emprego:

a) Quanto ao prestador de serviço: deve ser sempre pessoa física (art. 3.º CLT).

b) Quanto ao empregador: pode ser tanto a pessoa física, quanto a pessoa jurídica (art. 2.º, CLT).

O prestador de serviço só pode ser pessoa física, pois somente essa é capaz de prestar os serviços com subordinação pessoal. Em relação à pessoa jurídica, isso não é possível. Ademais, o trabalho exige esforço pessoal, intelectual e até manual e, portanto, apenas a pessoa física poderia fazê-lo.

O contrato de trabalho pressupõe o recebimento de remuneração pelos serviços prestados. Não havendo remuneração, inexiste relação

empregatícia, tendo em vista que a Consolidação das Leis do Trabalho não abarca o emprego gratuito e a Legislação Previdenciária só o protege neste caso quando, por exclusiva vontade (segurado facultativo), este indivíduo contribui para a previdência social (só é segurado obrigatório aquele que exerce atividade remunerada).

A remuneração representa, então, a retribuição concedida pelo empregador ao empregado, pelo serviço prestado por este.

Ainda sob a análise do artigo 3.º da Consolidação das Leis do Trabalho, averigua-se que existe a relação de dependência entre empregado e empregador.

Economicamente considerada, a dependência relaciona-se com o salário. O empregado depende deste para sobreviver. E quem lhe concede a possibilidade desta sobrevivência digna é o próprio empregador.

Num enfoque jurídico, a subordinação está ligada à dependência hierárquica. Esta dependência cria um direito para o empregador (de dar ordens) e um dever para o empregado (de cumprir tais ordens). O elemento "subordinação" é essencial para que uma relação seja caracterizada como de emprego. Não basta que o trabalho seja remunerado, embora este possa dar origem a outras relações jurídicas: é preciso que haja, também, subordinação.

Correto então dizer que o empregador gerencia a prestação de serviços, fiscalizando-a, e o empregado se submete às suas ordens. No pensamento de CESARINO JÚNIOR e MARLY CARDONE, "a subordinação não é da pessoa do trabalhador ao empregador, mas sim da prestação de serviços,

de maneira que o empregador pode suscitar ou interromper a referida prestação de trabalho".[102]

Transcrevendo as palavras de JOÃO RÉGIS FASSBENDER TEIXEIRA:

> O empregado não é igual ao empregador, e conseqüentemente, de maneira geral, aceita e acata as condições que lhe são impostas pelo economicamente mais forte. O patrão, por seu lado, mesmo em nível muito mais alto, não pode impor sua vontade como bem entender, pois há as limitações do Estado, que invadem o contrato e o delimitam [...].[103]

Ainda como elemento essencial da relação de emprego, destaca-se o caráter personalíssimo: o empregado é contratado pelos atributos que detém, devendo prestar pessoalmente o serviço para o qual foi contratado. O contrato é, portanto, *intuito personae*.

Por fim, a prestação de serviço deve ser não-eventual, ficando excluído da relação empregatícia o trabalho prestado de forma eventual.

O caráter "não-eventual" independe do trabalho ser executado de forma ininterrupta. Não há a necessidade de ser prestado todos os dias, todas as semanas, todos os meses. No entanto, deve haver a habitualidade em relação ao horário e o dia da prestação do serviço, por exemplo. Assim, oportuno esclarecer que a subordinação acaba sendo elemento chave na discussão que cerca o caráter não-eventual do contrato de trabalho. Será não eventual o trabalho que, embora não executado todos os dias, é feito sob as

---

[102] CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito Social,** v. I, p. 120.
[103] TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **Direito do Trabalho**. Tomo I. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1968, p. 148.

ordens e nos dias e horários previamente determinados pelo empregador, ou seja, com o elemento subordinação.

A legislação previdenciária (Lei n. 8.213/91), em seu artigo 11, traz o rol de trabalhadores que são considerados segurados empregados. De início, o inciso I, alínea *a*, estabelece que é empregado aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não-eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado.

Como se denota, o conceito previdenciário corrobora com o dispositivo colocado pela legislação trabalhista, não havendo divergências nesse sentido. Estando presentes as características que configuram o empregado (pessoalidade, dependência, remuneração, não eventualidade) e a pessoa do empregador, estará formada a relação de emprego.

O artigo 2.º, *caput* da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelece o conceito de empregador, como sendo a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

O §1.º do art. 2.º, CLT, equipara a empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Visando a melhor proteção do empregado, a legislação relacionou o conceito de empregador ao de empresa, equiparando ao empregador os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações

recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, desde que possuam empregados.

Desde já enfatiza-se que o empregador, na verdade, é aquele que emprega um ou mais empregados. Para JOSÉ MARTINS CATHARINO, "empregador é a pessoa a quem está assegurado trabalho alheio, por si remunerado e a si subordinado".[104]

É empregador, então, aquele que admite empregado, sob a forma remunerada e subordinada, para obter trabalho. E mais: o empregador assume o risco da sua atividade, que pode estar sujeita ao sucesso, como ao fracasso no mercado. O salário do empregado deve ficar garantido mesmo diante de eventuais crises.

Na definição do artigo 2.º, CLT, fica caracterizado o poder diretivo do empregador, ao estabelecer que este "admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços".

Frise-se que a legislação previdenciária adota um conceito amplo de empresa. O artigo 15 da Lei 8.213/91 considera empresa "a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional".

O Regulamento do Regime Geral da Previdência Social – Decreto 3.048/99 equipara à empresa: o contribuinte individual, em relação a segurado que lhe presta serviço; a cooperativa, a associação ou a entidade

---

[104] CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho...**, v. 1, p. 135.

de qualquer natureza ou finalidade, inclusive a missão diplomática e a repartição consular de carreiras estrangeiras; o operador portuário e o órgão gestor de mão-de-obra de que trata a Lei 8.630, de 1993; e o proprietário ou dono de obra de construção civil, quando pessoa física, em relação a segurado que lhe presta serviço.

Importante salientar que o empregador - ao contrário do que ocorre com o empregado - passa por um processo denominado despersonalização. Com isso, enquanto o empregado deve exercer sua atividade com pessoalidade, o empregador pode ser alterado e ainda assim mantém-se a relação de emprego. Tal fato se dá nas grandes empresas, constituídas em forma de sociedade. O empregado acaba firmando vínculo obrigacional com a pessoa jurídica e não com a pessoa física do empregador, muitas vezes nem conhecendo o chefe, o diretor supremo do estabelecimento. Esse pensamento remete ao entendimento de que a alteração dos sócios em nada altera o vínculo empregatício.

Após elucidação dos conceitos de empregado e empregador, resta abordar os benefícios previdenciários aos quais o empregador se responsabiliza pelo pagamento.

5.2 Benefícios previdenciários de responsabilidade da empresa pelo pagamento

A legislação delimitou alguns benefícios que, embora de natureza eminentemente previdenciária, devem ser pagos pela empresa, que os reembolsará (através da dedução do montante devido pela empresa ao INSS), no caso do salário-maternidade e salário-família.

Da mesma forma, determinou a legislação previdenciária que em caso de doença, o benefício auxílio-doença para o empregado só existirá a partir do décimo sexto dia, sendo que, até então, a obrigação pelo pagamento do salário ao empregado doente é exclusiva do empregado.

Estipula-se, assim, que o auxílio-doença referente aos primeiros 15(quinze) dias e o salário-maternidade e o salário-família ficam sob a responsabilidade da empresa, que poderá, em relação aos últimos, deduzir do montante devido a título de contribuições sociais devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social –INSS.

5.2.1 Auxílio-doença (primeiros 15 dias)

A doença representa a moléstia, o mal, a enfermidade. Diz respeito à alteração ou falta de saúde. Representa, em regra, a perturbação das funções orgânicas. Excepcionalmente, é configurada pela perturbação das funções mentais.

O Decreto-lei n. 6.905, de 26 de setembro de 1944 determinou como obrigação do empregador pagar a remuneração correspondente a 10(dez) dos primeiros 15(quinze) dias do afastamento.

O artigo 25 da Lei Orgânica da Previdência Social, com a redação dada pela Lei 5.890, de 8 de junho de 1973, circunscrevia que durante os primeiros 15 (quinze) dias de afastamento do trabalho, por motivo de doença, incumbiria à empresa pagar ao segurado o respectivo salário. O artigo 26, *caput*, deste diploma legal considerava licenciado pela empresa o segurado em gozo de auxílio-doença.

A Lei 8.213/91 regula o auxílio-doença nos artigos 59 a 63, delimitando no artigo 60, §3.º que "durante os primeiros 15(quinze) dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral".

O benefício previdenciário auxílio-doença só é devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho por mais de quinze dias. Isso significa que até o décimo quinto dia, é de responsabilidade da empresa a proteção do trabalhador.

Esse fato demonstra que é traçada uma linha divisória: a natureza jurídica da proteção ocorrida ao empregado doente nos quinze primeiros dias consecutivos é trabalhista, passando à natureza previdenciária a partir do décimo sexto dia. Como acentua RAIMUNDO CERQUEIRA ALLY, "a lei, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante afinam-se no entendimento de que a natureza jurídica desse pagamento constitui salário, tecnicamente chamado de salário-doença ou, com imprecisão terminológica, salário-enfermidade,

expressão ainda em voga. E, por ser salário, sofre a incidência das contribuições previdenciárias e descontos legais".[105]

Apesar disso, o artigo 473 da Consolidação das Leis do Trabalho, esqueceu-se de relacionar no rol de situações nas quais o empregado precisa se ausentar, sem que haja prejuízo do salário, a hipótese dos quinze primeiros dias em que o empregado apresenta-se doente. Ainda assim, o entendimento é de que este direito do empregado está disposto de forma clara em outros dispositivos legais (art. 476, CLT, art. 60, §3.º da Lei 8.213/91).

Nesses primeiros quinze dias, a empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correspondentes a este período, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da previdência social quando a incapacidade ultrapassar 15(quinze) dias (art. 60, §4.º da Lei 8.213/91).

Como se denota, o legislador procurou não sobrecarregar ainda mais a previdência social, deixando claro que sua responsabilidade só passa a existir do décimo sexto dia em diante. Até então, o empregador se responsabiliza.

Imaginando que o segurado empregado tenha ficado doente e que a empresa tenha cumprido sua obrigação até o décimo quinto dia, se concedido novo benefício decorrente da mesma doença dentro de 60(sessenta) dias contados da cessação do benefício anterior, a empresa fica

---

[105] ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho.** São Paulo: IOB, 2002, p.95-96.

desobrigada do pagamento relativo aos 15(quinze) primeiros dias de afastamento, prorrogando-se o benefício anterior e descontando-se os dias trabalhados, se for o caso (art. 75, §3.º, Decreto 3.048/99).

Sob outro prisma, imagine-se a situação do empregado não ter usufruído os 15(quinze) primeiros dias pagos pela empresa, mas somente 10(dez) dias. Caso se afaste pela mesma doença nos próximos sessenta dias do retorno à atividade, a empresa se responsabilizará apenas por mais 5(cinco) dias, quando então o auxílio-doença passa a ser de responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Nas hipóteses mencionadas, a legislação quis beneficiar o empregador, que embora tenha assumido sua responsabilidade pelos 15(quinze) primeiros dias, num curto período de tempo, teve seu empregado acometido da mesma doença.

Observe-se que o auxílio-doença pode ser concedido de ofício pelo Instituto Nacional do Seguro Social em conformidade com o artigo 76, do Decreto 3.048/99, embora seja notória a dificuldade prática de aplicabilidade deste artigo.

Em se tratando de doenças distintas - ainda que dentro de sessenta dias contados da cessação do benefício anterior - terá o empregador o dever de arcar com os 15(quinze) primeiros dias da doença do segurado.

É preciso ainda ter em mente que na hipótese de doença proveniente de acidente, caso o acidentado não se afaste do trabalho no dia do acidente, os quinze dias de responsabilidade da empresa pela sua

remuneração integral são contados a partir da data do afastamento (art. 72, §1.º, Decreto 3.048/99).

Ocorrendo a doença durante o período de férias, o empregador só deverá pagar os primeiros 15(quinze) dias caso ultrapassem o período de férias. Se assim não fosse, restaria como encargo do empregador o pagamento conjunto das férias e do salário pago em decorrência da doença. Por certo, não foi essa a intenção do legislador.

No que se refere ao valor devido ao empregado pelo empregador nesse período de 15(quinze) dias, é preciso mencionar que o Decreto-lei 6.905, de 26 de setembro de 1944, determinava a concessão de auxílio-pecuniário por motivo de enfermidade do empregado. Durante os quinze primeiros dias de doença, o benefício era pago pelo empregador, no valor de dois terços do salário normal auferido pelo empregado como se estivesse em atividade. Em consonância com os artigos 1.º e 2.º deste Decreto-lei, a partir do décimo sexto dia de seu afastamento, o benefício começava a ser pago pela previdência social.

Na atualidade, o pagamento dos quinze primeiros dias efetuado pelo empregador deve ser correspondente ao valor integral (§3.º do artigo 60 da Lei 8.213/91). Realmente, não é justo que o empregado suporte o peso de sua doença. A proteção deve ser integral, até mesmo porque a doença é um risco social que atinge diretamente toda a sociedade.

Saliente-se que o empregado doente merece tratamento decente, pois faz parte do desenvolvimento econômico e social do País. Por isso, em caso de doença do empregado, o empregador assume a responsabilidade integral pelo pagamento do salário nos quinze primeiros dias e, não cessada

a doença após esse período, a responsabilidade pela proteção ao trabalhador é da previdência social, através do benefício previdenciário auxílio-doença.

5.2.2 Salário-maternidade

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 garante, no artigo 7.º, XVIII, “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;”.

Em seguida, o artigo 201 estabelece que:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
>
> [...]
>
> II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

O salário-maternidade, a princípio, veio proteger o risco gestação. A idéia era a proteção da mulher, evitando discriminação e redução salarial no momento em que ocorre acréscimo nas despesas em decorrência do nascimento do filho, bem como o aumento da sensibilidade feminina.

Observe-se que embora este benefício traga a terminologia “salário”, não se refere a uma contraprestação paga pelo empregador à empregada, não tendo qualquer natureza salarial. Sua natureza é de benefício previdenciário com caráter nitidamente alimentar, pago em razão da necessidade de proteção à mulher.

Certa confusão ainda se estabelece porque, de início (antes da legislação previdenciária tomar para si a responsabilidade), o salário-maternidade era de responsabilidade integral da empresa, conforme se infere da análise dos artigos 392, 393 e 395 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Mas desde a Convenção n. 103, de 1952, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho, que tratou da proteção à maternidade, os encargos até então trabalhistas passaram a ser de responsabilidade da previdência social. Em confirmação, surgiu a Lei 6.136, de 7 de novembro de 1974, que integrou o salário-maternidade ao rol dos benefícios previdenciários. Por isso, frise-se que a natureza deste benefício é previdenciária e não trabalhista.

A Lei 8.213/91 - que trata dos benefícios da previdência social - estabeleceu 120(cento e vinte) dias de salário-maternidade, protegendo, inicialmente, apenas as seguradas empregada, empregada doméstica e trabalhadora avulsa, sendo que a proteção às duas últimas é devida a partir de 5 de abril de 1991.

Em 1994, a Lei 8.861 passou a garantir o salário-maternidade também à segurada especial.

A Lei 9.876 de 1999 estendeu o benefício a todas as seguradas, conferindo o pagamento do salário-maternidade diretamente pela previdência social.

A Lei 10.421/2002 ampliou o risco social protegido, dando proteção não só à gestante, mas também às mães adotivas e guardiãs. A idéia é a proteção não apenas da gestante, mas da figura da mãe e da criança: há a necessidade de adaptação ao novo lar.

O benefício salário-maternidade vem disciplinado nos artigos 71 e ss. da Lei 8.213/91.

Este benefício é devido à segurada da previdência social durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto, 91 (noventa e um) dias após o parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade (artigo 71, da Lei 8.213/91). Em se tratando da segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1 (um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1(um) e 4(quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade (art. 71 – A da Lei 8.213/91).

Ocorrendo aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá repouso remunerado de 2(duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento (artigo 395, CLT).

Com relação ao pagamento do benefício, convém observar que a redação original da Lei 8.213/91 trazia como obrigação da empresa o pagamento do salário-maternidade para posterior compensação. Em seguida, a Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, retornou ao Instituto Nacional do Seguro Social a obrigação de efetuar tal pagamento[106]. A Lei 10.710/2003

[106] Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante cento e vinte dias, com início no período entre vinte e oito dias antes do parto e a data

trouxe novamente à empresa a responsabilidade pelo pagamento direto à empregada gestante.

Desta maneira, o salário-maternidade concedido à empregada gestante, deverá ser pago pela própria empresa, quando do pagamento do salário da mesma, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal[107], quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço (art. 72, §1.º da Lei 8.213/91).

No que se refere ao valor a que a empresa deve pagar a título de salário-maternidade à empregada, o artigo 72 da Lei 8.213/91 estabelece que o benefício consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral.

Corroborando com esse dispositivo legal, ao tratar do salário-maternidade, o artigo 393 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como aos direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

O direito ao salário integral e ao emprego durante o recebimento do benefício previdenciário, faz com que a empregada não encontre

---

de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade, **sendo pago diretamente pela Previdência Social**.(grifo nosso)

[107] Art. 248. Os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos por esse regime observarão os limites fixados no art. 37, XI.

empecilho a uma possível gravidez, já que manterá seu padrão de vida durante 120(cento e vinte) dias, além de ter garantido seu emprego, em decorrência da estabilidade.

Por isso, até 1.º de setembro de 2003, não se falava em "teto" previdenciário ao referir-se a este benefício. Com a Lei 10.710 de 2003, a segurada manterá seu salário integral, ainda que ultrapasse o teto máximo estipulado pela previdência social, respeitado, contudo, o limite da remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Embora a empregada gestante receba atualmente o benefício salário-maternidade do empregador, este não está ligado a um direito trabalhista, mas sim previdenciário. Tanto é que o ônus do salário-maternidade é suportado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (ainda que ultrapasse o teto previdenciário[108]): o empregador paga à gestante o salário-maternidade e depois deduz esse valor das contribuições devidas ao Instituto.

> PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. LICENÇA-MATERNIDADE. REEMBOLSO DO EMPREGADOR. ART. 7.º , XVIII, DA CF. 1. Por força da auto-aplicabilidade do art. 7.º, XVIII, da CF, o empregador deve ser ressarcido integralmente, pela Previdência Social, do pagamento efetuado à empregada gestante durante os 120 dias de licença. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp 237.202 - 2ª T. - CE - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 10.06.2002)

Se o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS não reembolsasse o empregador, haveria discriminação em relação à empregada, já que este

---

[108] A ADIn n. 1.946-5, em 7/04/99, concedeu medida cautelar no sentido de que o art. 14 da EC n. 20/98, que estabeleceu o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social não é aplicado à licença-maternidade prevista no inciso XVIII do artigo 7.º da Constituição Federal, respondendo a previdência social pela integralidade do pagamento.

iria preferir a contratação de homens a mulheres. O que quer a Carta Constitucional de 1988 é justamente combater a discriminação, proibindo a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88). Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5.º, CF/88).

O ideal da legislação previdenciária, complementada com os dispositivos legais trabalhistas, vem confirmar a intenção de proteger a mulher, após longa trajetória de discriminação.

Com relação ao pagamento efetuado diretamente pelo empregador, há que se considerar a facilidade para a empregada, mormente diante das notáveis “filas” formadas no INSS.

5.2.3 Salário-família

O salário-família garantido aos empregados, surge no Brasil com a Constituição de 1946[109] (art. 157, n. I e art. 164). No entanto, sua efetiva aplicabilidade deu-se apenas em 1963, com a Lei 4.266, de 3 de outubro, regulamentada pelo Decreto n. 53.153, de 10 de dezembro do mesmo ano.

Assim, com a Lei 4.266/46, o empregador efetuava uma contribuição mensal de seis por cento sobre o salário mínimo da localidade, multiplicada pelo número de seus trabalhadores, independentemente do

[109] Antes disso, o Decreto-Lei n, 5.976, de 10.11.1943, regulamentado pelo Decreto 6.022, de 23.11.1943, instituía o salário-família para o servidor público, exclusivamente.

estado civil dos mesmos (art. 3.º). Esta contribuição formava o Fundo de Compensação do Salário Família, em conformidade com o art. 3.º, §2.º do mesmo diploma legal. Receberia este benefício o trabalhador que tivesse filho menor de quatorze anos de idade, sendo o salário-família correspondente a uma quota percentual calculada sobre o salário-mínimo vigente (art. 3.º), à razão de cinco por cento, conforme inciso I do artigo 7.º da lei em comento.

Desde então, o empregador apenas adiantava o valor devido aos trabalhadores mensalmente, sendo reembolsado da quantia paga pelo Instituto Nacional da Previdência Social – INPS (atual Instituto Nacional do Seguro Social – INSS), mediante desconto do total das contribuições devidas.

Em 29 de novembro de 1965, a Lei 4.683 reduziu a contribuição do empregador de 6% para 4,3% referente ao salário-família, modificando também a base-de-cálculo sobre a qual incidia esta alíquota, que passou a ser o salário-de-contribuição definido na Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS.

A Lei 6.136 de 7 de novembro de 1974 trouxe nova redução à alíquota para contribuição do salário-família, que a partir de então seria de 4% (não mais de 4,3%).

O valor recebido pelo empregado a título de quota de salário-família equivalia a 5% sobre o valor do salário-mínimo local. Observe-se que esta regra perdurou até 3 de julho de 1989, através da Lei 7.789, que seguiu o preceito constitucional (Constituição Federal de 1988) estampado no artigo 7.º, inciso IV, que proibiu a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim.

A Constituição de 1967 (art. 158, inciso II) e a Constituição de 1969 (art. 165, inciso II), trouxeram expressamente o salário-família.

Saliente-se que com o intuito de estender a proteção desse benefício, a Lei 5.559, de 11 de dezembro de 1968, conferiu o direito ao salário-família ao empregado com filhos inválidos, de qualquer idade, e aos dependentes do trabalhador aposentado por invalidez ou velhice e, bem assim, daquele que, aposentado por outras razões, conte ou venha contar com sessenta e cinco anos de idade, respectivamente, conforme fosse do sexo masculino ou feminino (arts. 1.º e 2.º). Em se tratando dos aposentados, o benefício seria pago diretamente pelo Fundo de Compensação (art. 3.º).

O artigo 29 da Lei 5.890, de 8 de junho de 1973 extinguiu o “Fundo de Compensação”. No entanto, o salário-família continuou a ser efetuado pela empresa, com reembolso mensal pela previdência social.

A Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988 também trouxe de forma expressa (artigo 7.º, inciso XII) o direito do empregado ao salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei (redação conferida pela Emenda Constitucional n. 20, de quinze de dezembro de 1998, que inseriu a expressão “baixa renda”).

Embora o salário-família mantenha algumas semelhanças com a forma em que era aplicado antes da Constituição Federal de 1988, não há mais a vinculação do seu valor ao salário-mínimo, vez que o artigo 7.º, inciso IV da Constituição Federal estabeleceu a proibição da vinculação deste para qualquer fim.

Ficou mantida, no entanto, a regra de que quem deve pagar o salário-família ao empregado, homem ou mulher, é o próprio empregador. Desta forma, as quotas do salário-família serão pagas pela empresa, mensalmente, junto com o salário, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições, conforme dispuser o regulamento (artigo 68, da Lei 8.213/91).

Ressalte-se que o empregado terá direito ao salário-família em relação a cada emprego.

Acerca do salário-família e o contrato de trabalho, EMÍLIO GONÇALVES questiona se "no caso de dualidade de contratos com o mesmo empregador, terá o empregado direito de receber, em relação a um dos contratos, as quotas do salário-família" concluindo de forma positiva, já que "o direito à percepção das respectivas quotas deriva do status de empregado [...]"[110].

Segue que se o empregado possui dois ou mais empregos, ainda que o empregador seja o mesmo, não se contesta o direito de receber, em relação a cada um deles, quota(s) do salário-família.

Destaque-se que o salário-família é devido ao segurado empregado registrado. Para EMÍLIO GONÇALVES:

> Reconhecida pela Justiça do trabalho a relação de emprego, é inegável o direito do empregado ao salário-família, desde a data do nascimento dos filhos, ou da admissão no emprego, se posterior àquela, sendo irrelevante o fato de não ter apresentado as certidões de nascimento, uma vez que a

[110] GONÇALVES, Emílio. **Contrato de Trabalho**: aspectos gerais e especiais de sua problemática. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1981, p. 53.

> impossibilidade foi criada pelo próprio empregador que deixou de proceder ao registro do empregado, conforme determina a lei[111].

Em se tratando do aposentado por invalidez ou por idade e os demais aposentados com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais de idade, se do sexo masculino, ou 60 (sessenta) anos ou mais, se do feminino, terão direito ao salário-família, pago juntamente com a aposentadoria (art. 65, parágrafo único da Lei 8.213/91), ou seja, pelo próprio Instituto Nacional do Seguro Social.

Colocadas as considerações gerais sobre o salário-família, bem como a obrigatoriedade da empresa efetuar o pagamento do mesmo ao empregado, resta esclarecer as severas críticas em relação à expressão "salário-família".

Em primeiro lugar, o salário-família não diz respeito ao salário propriamente dito, assim entendido como aquele devido pelo empregador ao empregado como contraprestação pelo serviço prestado.

A Lei n. 4.266, de 1963, ao instituir o salário-família, prescrevia que:

> Art. 9.º. As cotas do salário-família não se incorporarão, para nenhum efeito, ao salário ou remuneração devidos aos empregados.

Em segundo lugar, o salário visa a manutenção do empregado de forma digna, sendo responsável pela possibilidade de sua própria mantença e de sua família. O salário-família, por sua vez, é benefício previdenciário de

---

[111] **Ibid.**, p. 154.

proteção familiar, que visa apenas a complementação da renda da família, tendo função diversa daquela conferida ao salário.

Desde o princípio, restou claro que a natureza do salário-família não era salarial.

Ainda assim, a natureza jurídica do salário-família é discutida pela doutrina. Para FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM, "o salário-família tem verdadeira natureza de benefício trabalhista, sendo atualmente encargo da previdência social"[112].

ARNALDO SÜSSEKIND, por sua vez, afirma que antigamente o salário-família era visto como "suplemento de natureza assistencial", já que não constituía parcela do salário do empregado. No entanto, ao comentar o salário-família na atualidade, coloca que "é inquestionável que, no Brasil, sem embargo do seu caráter assistencial, ela assumiu feição previdenciária; não é salário"[113].

Nas palavras de EMÍLIO GONÇALVES, o salário-família "constitui subsídio familiar, de caráter eminentemente social, recebido pelo trabalhador, em nome dos filhos sob sua guarda e manutenção, e sem relação direta com a prestação do trabalho, não se confundindo com o salário do empregado"[114].

Assim, caso o empregado seja dispensado de forma imotivada pelo empregador, o salário-família não será computado para cálculo da indenização devida por este àquele.

---

[112] IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 7. ed. rev. e atual. até a EC 48/2005. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 506.
[113] SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**..., v. 1, p. 427.
[114] GONÇALVES, Emílio. **Op. cit.;** p. 161-162.

Mesmo que possa surgir alguma divergência, a nosso ver não existe qualquer dúvida: o salário-família é benefício típico previdenciário, não tendo natureza trabalhista, embora cesse com o vínculo empregatício.

Tal benefício vem inserido no artigo 201, IV, da Carta Constitucional de 1988, como benefício típico previdenciário. Para ele, são vertidas contribuições de toda sociedade, mediante financiamento direto (contribuições sociais) e indireto (receita orçamentária proveniente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Como se isso não bastasse, o empregador apenas tem a responsabilidade de efetuar o pagamento ao empregado, ficando ao Instituto Nacional do Seguro Social o verdadeiro ônus no que se refere a este benefício, vez que o empregador deduz a quantia eventualmente paga a título de salário-família ao empregado, das contribuições por ele (empregador) devidas para a previdência social.

Tanto é assim que no caso do aposentado, o próprio INSS é responsável pelo pagamento do salário-família, o que vem confirmar a natureza jurídica previdenciária complementar do benefício em comento.

Tecidas as considerações relativas ao contrato de trabalho a aos benefícios previdenciários cujo pagamento é de responsabilidade da empresa, é preciso adentrar nos aspectos práticos e teóricos concernentes aos efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho.

CAPÍTULO 6 EFEITOS DO RECEBIMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO CONTRATO DE TRABALHO

6.1 Descontinuidade executiva do contrato de trabalho

6.1.1 Considerações iniciais

A continuidade executiva do contrato de trabalho pressupõe a não interrupção ou suspensão do mesmo, ocasionando a prestação do serviço de forma absoluta, não ocasional ou intermitente.

Entretanto, sobreleva esclarecer que em determinadas ocasiões legalmente consideradas ou pactuadas entre as partes (empregado e empregador), ocorre o que se denomina “descontinuidade executiva” do contrato de trabalho.

Para falar em descontinuidade executiva, é preciso destacar que:

a) o contrato de trabalho está sempre sujeito à descontinuidade executiva, vez que poderá ser interrompido ou suspenso nas hipóteses legalmente previstas (arts. 471 e seguintes) ou contratualmente acordadas;

b) nem sempre simboliza a falta de remuneração. No caso de interrupção do contrato de trabalho, por exemplo, o empregado continua recebendo seu salário, embora não esteja prestando serviço.

c) está ligada à idéia de tempo. Durante certo lapso temporal o empregado continuará tendo seu contrato mantido, embora não haja prestação de serviço.

Caso o contrato deixe de ser executado, sem que haja previsão legal ou contratual autorizando, a aparente descontinuidade executiva representa término do vínculo empregatício.

Nas palavras de JOSÉ MARTINS CATHARINO, "em relação à execução do contrato de emprego, descontinuidade significa intermitência: interrupção temporária da sua continuidade executiva, de todos os seus efeitos ou de alguns, com subsistência do vínculo contratual. Se não houver possibilidade de reativação executiva, não se configura a descontinuidade e sim o término".[115]

A executividade do contrato de trabalho se inicia a partir do momento em que este é realizado.

Apesar de esperar-se que o contrato de trabalho nunca tenha seus efeitos suspensos ou interrompidos, existem situações em que o homem precisa paralisar, ainda que momentaneamente, sua atividade laborativa.

---

[115] CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho....**, v. 2, p. 166.

A inexecução contratual total ou parcial é conseqüência dos motivos determinantes da suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, respectivamente.

Sob este enfoque, algumas hipóteses capazes de paralisar o curso do contrato de trabalho surgem, como será analisado no decorrer do trabalho.

6.1.2 A suspensão e a interrupção como hipóteses de descontinuidade executiva do contrato e a extinção contratual

A relação jurídica é estabelecida quando dois ou mais sujeitos de direito se unem em prol de um objetivo comum, tendo entre eles um objeto.

Do aspecto do Direito do Trabalho, esta relação é formada quando é firmado acordo de vontades entre empregador (aquele que remunera ou assalaria empregado) e empregado (sujeito que exerce atividade subordinada, remunerada, em caráter não eventual e com pessoalidade).

A composição lógica da relação contratual demonstra que, como acordo de vontades que representa, é formada de início, meio e fim.

Assim é a relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sua origem advém das negociações iniciais, é desenvolvida a partir de um contrato pré-estabelecido e finalizada com a extinção do vínculo contratual.

No transcurso do contrato de trabalho este deve ser executado normalmente, de maneira que o empregado o realize conforme ajustado com o empregador, que irá efetuar o pagamento do salário.

A continuidade do contrato de trabalho pressupõe que o mesmo não tenha qualquer interrupção. Daí falar-se em “continuidade executiva”. O contrato deve ser desenvolvido normalmente, conforme acordado entre as partes.

Ocorre que, no desenrolar desta relação, podem surgir situações - legalmente impostas ou contratualmente convencionadas - em que o contrato é suspenso ou interrompido.

Por isso, excepcionalmente, o contrato de trabalho pode ter seus efeitos estacionados em virtude de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho. Veja-se que suspensão ou interrupção são conceitos que não estão ligados à cessação do contrato de trabalho, mas apenas à paralisação temporária relativa à execução do contrato. Diz-se que ocorre a paralisação contratual, ou melhor, dos efeitos contratuais, sem que possa ser extinto o vínculo empregatício.

Nesta seara, ocorre a pausa justificada da execução do contrato de trabalho, desobrigando-se totalmente as partes (empregador e empregado) em relação às obrigações essenciais do contrato no caso da suspensão e parcialmente, no caso de interrupção, pois nesta última hipótese o empregador continua sendo responsabilizado pelo pagamento do salário.

A descontinuidade executiva do contrato de trabalho é classificada por JOSÉ MARTINS CATHARINO da seguinte maneira:

> Quanto à origem ou fonte, a descontinuidade pode ser: voluntária e normativa.
>
> A voluntária subdivide-se em: unilateral e bilateral, quer se origine da vontade de um dos contratantes, quer da de ambos.
>
> [...]
>
> Quanto à causa, a descontinuidade pode ser: suspensiva e redutiva.
>
> A primeira é absoluta, também chamada “suspensão total”, ou, simplesmente, “suspensão”. A segunda é relativa, também chamada “suspensão parcial”, ou interrupção, tão-somente.[116]

A descontinuidade executiva deve ter aparato legal ou contratual, para que o vínculo existente entre as partes mantenha-se inalterado. Assim, da mesma forma que a não continuidade temporal da atividade laborativa pode ocasionar a interrupção ou a suspensão do contrato, pode também ocasionar a extinção do mesmo por desrespeito à lei ou ao acordo estabelecido.

Desta forma, é importante consignar as principais conseqüências da inexecução contratual temporal:

a) Quanto à paralisação dos efeitos do contrato com amparo legal ou contratual:

- Suspensão do contrato de emprego;

- Interrupção do contrato de emprego;

b) Quanto à inexecução temporal sem prévio acordo de vontades ou lei que a justifique:

---

[116] CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho...**, v. 2, p. 168.

- rescisão contratual.

c) Quanto à garantia advinda da paralisação dos efeitos do contrato:

- estabilidade em algumas situações, conferida legalmente ou contratualmente.

Juridicamente considerada, a suspensão significa a paralisação da contagem de certo tempo. Depois de cessado o motivo da paralisação, o prazo estacionado volta a ser computado de onde parou, não sendo reiniciado. Conforme DE PLÁCIDO E SILVA "juridicamente, a suspensão, em regra, importa numa paralisação ou cessação temporária, ou por tempo limitado, de uma atividade, ou de um procedimento"[117].

Para o Direito do Trabalho, a suspensão relacionada ao recebimento de benefício previdenciário, pressupõe a inexistência da atividade desenvolvida pelo empregado e a paralisação momentânea de quase todos os efeitos do contrato laborativo.

MARIA HELENA DINIZ ao conceituar o termo "interromper" no Direito dispõe seu significado como: "1. Fazer cessar por algum tempo. 2. Deixar de fazer algo temporariamente. 3. Romper a continuidade. 4. Parar momentaneamente"[118].

Sob esta análise conceitual, a interrupção acarreta a eliminação do tempo decorrido anteriormente, desconsiderando-o e iniciando novamente a

---

[117] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico...**, vol. IV, p. 308.
[118] DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 890.

contagem do período após a cessação do motivo que ocasionou a interrupção.

Na acepção do contrato de emprego, a finalização da interrupção deve significar não início de um novo prazo ou reinício do prazo. Deve representar o fim do motivo ensejador da paralisação da atividade laborativa pelo empregado.

No Direito do Trabalho, a interrupção representa afastamento do segurado de sua atividade, com conseqüente ônus para o empregador.

A suspensão representa “pausa momentânea”. Em relação ao contrato de emprego, esta pausa significa paralisação temporária do exercício da atividade laborativa.

ALBERTO JOSE CARRO IGELMO conceitua suspensão como “la paralización temporal de las obligaciones y derechos recíprocos básicos de aquél, subsistiendo, sin embargo, algunos de ellos, fundada em determinadas causas señaladas legal o convencionalmente”[119].

Pressupõe a suspensão a existência de causas transitórias que exigem a inexecução contratual. Enquanto pendente a situação que ocasionou a suspensão dos efeitos contratuais, o contrato de trabalho não segue seu curso normal, embora ainda possa ocasionar alguns efeitos. Não há, por certo, a extinção do vínculo obrigacional e sim a dispensa do cumprimento de obrigações consideradas essenciais no contrato de trabalho,

---

[119] IGELMO, Alberto Jose Carro. **Curso de derecho del trabajo**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1991, p. 436.

quais sejam: o dever de prestar o serviço por parte do empregado, e a obrigação de remunerá-lo, pelo empregador.

Não se trata de medida punitiva ao empregado, mas efeito ocasionado pela necessidade de afastamento deste da atividade a qual desenvolvia. Tal afastamento dá-se por motivo legalmente revelado ou contratualmente avençado (desde que não contrarie a lei ou o acordo ou convenção coletiva) que impede o empregado de continuar exercendo as funções acordadas com o empregador.

Possivelmente, o legislador verificou situações que mereciam proteção e relacionou os acontecimentos que garantem a manutenção do vínculo empregatício sem qualquer contraprestação por parte do empregado.

A descontinuidade executiva pode decorrer da própria lei quando, por exemplo, o empregado é afastado do emprego em virtude de doença, ou da sua própria vontade, quando então é definida como contratual, como no caso de pedido de suspensão contratual para a realização de determinado curso.

M.ª DEL CARMEN ORTIZ LALLANA considera que:

> Sobre la persona del trabajador, como parte en la relación contractual, pueden proyectarse supuestos distintos de la ineptitud que impidan la realización de la prestación objeto del contrato, sin que los mismos se hallen vinculados a la voluntad de quien, como deudor de la misma, se comprometió a realizarla; esto es, que el trabajador, sin quererlo, puede ver afectada su salud o su propia persona, de forma que la

> capacidad inicialmente poseída, y necesaria para el desarrollo de su atividad, pueda disminuir y aun desaparecer[120].

Transcrevendo o pensamento de RENATO SCOGNAMIGLIO:

> L' espletamento dell' attività lavorativa, prolungandosi nel tempo, può incontrare impedimenti nella sopravvenienza di eventi che incidano sulla disponibilità personale del prestatore.[121].

Por outro lado, a interrupção significa descontinuidade da prestação do serviço pelo empregado, mantendo quase todos os efeitos do contrato de trabalho (diferentemente da suspensão, em que mantém apenas alguns efeitos). Apenas parte das obrigações essenciais deixa de existir, visto que o empregador continua responsável pelo pagamento da remuneração, ao passo que o empregado desobriga-se da prestação do serviço.

A temporalidade é causa fundamental para considerar a suspensão e interrupção como formas de paralisação do contrato de trabalho. Se assim não o fosse, seria forma de extinção do contrato de trabalho. Espera-se que o motivo ensejador da descontinuidade executiva perdure por certo lapso temporal, não se prolongando no tempo em caráter definitivo. Perpetuando-se no tempo, sem que a situação que a ocasionou seja cessada, estar-se-á diante de causa de extinção contratual.

Para ALFREDO MONTOYA MELGAR:

> En realidad, la suspensión del contrato de tabajo supone la cesación temporal de las prestaciones básicas de ambas partes de la relación jurídica. En cuanto temporal, la suspensión se opone a le extinción del contrato, que es

---

[120]LALLANA, M.ª Del Carmen Ortiz. **La extincion del contrato de trabajo por imposibilidad fisica de cumplimiento.** Madrid: Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, p. 327.

[121] SCOGNAMIGLIO, Renato. **Diritto del lavoro**. 2. ed. Roma/Bari: Laterza: 2005, p. 275.

> definitiva; en cuanto que cesan las prestaciones del trabajador e del empresario, se diferencia de la mera interrupción retribuida del trabajo[122].

O fator “salário” é determinante para se verificar se se está diante de interrupção ou suspensão contratual. Para M.ª DEL CARMEN ORTIZ LALLANA “cuando la falta de prestación del trabajo no interrumpa la prestación salarial, estaremos ante un caso de ‘interrupción’. Cuando, por el contrario, aquella genere una paralela interrupción en dicha prestación, nos situamos ante un supuesto de suspensión del contrato de trabajo”[123].

A suspensão vem delinear as hipóteses normativas de paralisação do contrato de trabalho, sem que este período seja computado como tempo de serviço.

Na interrupção, o salário continua sendo pago ao empregado e o tempo é contado como sendo de serviço efetivo.

Na suspensão, ocorre a cessação parcial dos efeitos do contrato de trabalho até que encerre a causa que deu motivo à sua paralisação transitória. Ocorre em situações que a própria lei entende como justificadoras do não cumprimento temporário do contrato de trabalho, tanto para o empregado, como para o empregador. Nesta situação, é mantido o vínculo contratual, o empregado tem direito a retornar à atividade anteriormente exercida, sendo-lhe conferidas todas as vantagens atribuídas de modo geral

---

[122] MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del Trabajo**. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 430.

[123] LALLANA, M.ª Del Carmen Ortiz. **Op. cit.;** p. 336.

à sua categoria durante o período de afastamento, embora não receba seu salário enquanto durar a suspensão do contrato de trabalho.

Por outro lado, a interrupção do contrato representa suspensão parcial do mesmo, já que há apenas o descumprimento de parte do contrato de trabalho. Nessa configuração, a remuneração continua sendo paga pelo empregador. Durante a interrupção, o contrato acarreta quase todos os seus efeitos.

MOZART VICTOR RUSSOMANO estabelece a seguinte distinção acerca da suspensão e interrupção contratual:

> Na suspensão contratual, em dado momento e em determinadas circunstâncias especiais, todas as cláusulas do contrato deixam de produzir efeitos. O vínculo, porém, não está desfeito: no plano invisível das abstrações jurídicas, ele perdura. Nem o empregado tem obrigação de trabalhar durante o período de suspensão do contrato, nem o empregador tem o dever de pagar-lhe o salário-ajustado. O contrato, aparentemente, deixa de existir; na realidade, entretanto, ele sobrevive. Não morre: hiberna. Fica imóvel, na totalidade de sua estrutura. Mas, a qualquer momento, cessada a causa determinante da suspensão, o contrato ressurge e, ao ressurgir, é ele mesmo na integralidade de suas cláusulas, com as mesmas condições que vigoravam anteriormente ao evento com força suspensiva.
>
> No caso de interrupção do contrato, algumas cláusulas, apenas, deixam de ter eficácia, por algum tempo; mas, nesse mesmo período, outras cláusulas continuam plenamente em vigor, como se nada houvesse acontecido.[124]

Nas palavras de JOÃO RÉGIS FASSBENDER TEIXEIRA:

> Suspensão e interrupção do contrato individual de trabalho têm um ponto em comum: não há trabalho. Por um motivo ou

[124] RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho...**, p. 127-128.

> outro, por determinação ou culpa do empregador, por fatos ligados ao empregado ou a terceiros (principalmente o Estado) o operário deixa de comparecer à empresa, de produzir e de realizar.
>
> Nos dois casos o vínculo original permanece íntegro, garantido, sempre, o retorno do operário ao labor, salvo se fatos restritivos – o que é incomum e raro, vierem ocorrer durante ou logo após o afastamento.[125]

CARRO IGELMO relaciona a suspensão como gênero, e a interrupção espécie da mesma ao considerar que "toda suspensión laboral supone indudablemente una interrupción del contrato de trabajo, pero no toda interrupción puede calificarse de suspensión contractual laboral"[126].

A fim de delinear de maneira adequada os conceitos relacionados à suspensão ou interrupção contratual, é estabelecida a seguinte divisão referente às obrigações surgidas durante o vínculo laboral:

a) Obrigações essenciais: o empregado tem como obrigação principal (essencial) a prestação do serviço. O empregador, por sua vez, a de efetuar o pagamento em relação a esta prestação.

Na suspensão, as principais conseqüências do trabalho são desfeitas pela existência de causas que a lei ou o contrato estabelecem como ensejadoras da paralisação dos efeitos contratuais. Desta forma, o empregado deixa de exercer o trabalho e a conseqüência deste – que é a remuneração -, deixa de existir no caso da suspensão.

---

[125] TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **Op. cit.;** Tomo I, p. 171.
[126] IGELMO, Alberto Jose Carro. **La suspensión del contrato de trabajo**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1991p. 20.

Na interrupção, o trabalho não é realizado pelo empregado, mas a remuneração é paga, embora não haja a causa para fazê-lo (prestação do serviço). O motivo para o pagamento é simples: a legislação (ou o próprio contrato) define as causas que autorizam a inexecução contratual, sem a liberação da remuneração pelo empregador.

b) Obrigações secundárias: também denominadas "obrigações acessórias" representam os deveres das partes em relação ao contrato, que não estão diretamente relacionadas ao objeto principal do contrato: prestação do serviço e pagamento do mesmo.

Ainda que interrompido ou suspenso, alguns efeitos permanecem existindo, como conseqüência das "obrigações acessórias". A boa-fé, lealdade, honestidade, dever de sigilo etc., continuam sendo exigidos. Tratam-se de deveres recíprocos, que devem ser mantidos tanto pelo empregado, como pelo empregador.

A respeito, ALFREDO MONTOYA MELGAR dispõe que:

> Aunque las prestaciones básicas – trabajo y salário – cesan, perviven algunos deberes durante la suspensión del contrato, específicamente los relacionados con el comportamiento de buena fe que pesa sobre el trabajador (v. gr.: deber de guardar secreto sobre cuestiones reservadas atinentes al giro negocial y al proceso productivo de la empresa)[127].

Independentemente de o contrato ter sido suspenso ou interrompido, o vínculo contratual existe desde o momento em que o contrato

[127] MELGAR, Alfredo Montoya. **Op. cit.;** p. 430.

de trabalho foi realizado, tendo o empregado garantidos quaisquer benefícios que possam surgir nesse período à sua categoria.

Sintetizando aquilo que foi exposto até aqui, releva considerar que ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES,[128] ao comentar a suspensão contratual na legislação portuguesa, destaca como efeitos gerais da mesma:

a) Garantia do direito ao lugar;

b) Conservação da antigüidade;

c) Permanência de deveres acessórios;

d) Paralisação dos efeitos do contrato condicionados pela possibilidade da prestação do trabalho efetivo.

Observe-se que referido autor não faz distinção acerca da interrupção e da suspensão contratual.

A interrupção vem a ser meio protetor do empregado e a suspensão é medida de interesse deste. MOZART VICTOR RUSSOMANO traça distinção entre os conceitos de maneira exemplificativa:

> Se a interrupção visa a proteger o empregado, autorizando-o a faltar ao trabalho sem prejuízo de salários, é evidente que não lhe roubará a inclusão, no seu tempo de serviço, do período que permanecer afastado da empresa, justificadamente.
>
> Na suspensão, não existe medida protetora. Em face de exigências de ordem social e política ou de exigências

[128] FERNANDES, António de Lemos Monteiro. **Direito do trabalho**. 9. ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1994, p. 430-436.

> levantadas pelos interesses individuais do próprio trabalhador, a lei suspende o contrato, em todos os seus efeitos.[129]

Durante a suspensão contratual, além do empregador não ter que pagar o salário do empregado, outros encargos não são devidos, como o recolhimento de contribuição previdenciária relativa ao empregado e o depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Ocorrendo a interrupção contratual, as contribuições para o FGTS e para a previdência social continuam sendo devidas durante a paralisação executiva, já que o salário é pago normalmente nesse período.

Interessante questionamento é feito com relação à natureza jurídica do pagamento efetuado pelo empregador ao empregado durante o período em que o contrato encontra-se interrompido. Seria remuneração, sendo que não representa contraprestação pelo serviço prestado (já que não há prestação de serviço)?

Aparentemente, não tem natureza remuneratória, pois não há contraprestação. Mas utilizando o entendimento de que a remuneração é gênero e que decorre da existência do vínculo laboral, compreende-se que há efetivamente a natureza remuneratória no pagamento efetuado pelo empregador, mesmo não havendo contrapartida por parte do empregado.

Assim, mesmo ocorrendo a interrupção do contrato de emprego, o pagamento realizado pelo empregador ao empregado neste período é considerado salário. Nas palavras de ALICE MONTEIRO DE BARROS “esse fato

---

[129] RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no Direito Brasileiro...**, p.194.

justifica-se, considerando que o contrato de emprego é sinalagmático em seu todo e não prestação por prestação. Daí afirmar-se que a natureza jurídica da remuneração paga, quando da interrupção, é salário"[130].

Havendo suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, aparentemente este deixa de existir, embora fique apenas com seus efeitos adormecidos. Daí concluir-se que não há que se falar em revogação do contrato, mas sim em simples paralisação dos seus efeitos até que os motivos que deram origem ao não prosseguimento contratual se encerrem.

Em verdade, com a interrupção ou suspensão do contrato de trabalho tem o empregado mantido o seu emprego. Qualquer medida do empregador no sentido de dispensa do empregado neste lapso temporal, não é válida, ficando seus efeitos suspensos até que o motivo que paralisou o contrato de trabalho cesse.

Caso o motivo que deu origem à suspensão ou à interrupção contratual ocorrer durante o contrato de experiência, o período de paralisação contratual não deve ser computado para o mesmo. Cessadas as causas que deram origem à inexecução contratual transitória, o contrato retoma seu transcurso normal e volta a ser computado o prazo do contrato de experiência de onde havia parado (independentemente de ter havido suspensão ou interrupção).

Traçando ainda as principais conseqüências da interrupção e da suspensão contratual, destaca-se que frente à previdência social, o

---

[130] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 830.

empregado continua sendo segurado durante este período de descontinuidade executiva do contrato. O vínculo laborativo fica mantido durante este lapso temporal e, em conseqüência, o empregado mantém o liame com a previdência social.

Destaque-se que como há o caráter pessoalidade no que se refere ao empregado, este não pode encaminhar outro indivíduo para que cumpra as atividades que lhes foram designadas durante a paralisação dos efeitos contratuais.

Já com relação ao empregador não se fala em interrupção ou suspensão do contrato na legislação brasileira. Este não pode paralisar os efeitos contratuais em virtude, por exemplo, da impossibilidade de pagamento ao empregado. Mas pode-se falar em extinção.

Diferentemente, a legislação portuguesa arrola a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho por fato ligado à empresa. ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES[131] relaciona esta situação em virtude de:

- encerramento por fato imputável à entidade patronal ou por razões de interesse desta;

- encerramento temporário por caso fortuito ou de força maior;

- situações de crise empresarial.

Existirão situações plausíveis em que o contrato de trabalho poderá ser desfeito, ainda que pendentes situações de suspensão ou

[131] FERNANDES, António de Lemos Monteiro. **Op. cit.;** p.445-459.

interrupção contratual. Dentre estas hipóteses são relacionadas a justa causa e o encerramento da empresa, que pode dar-se por vontade do empregador ou por falência decretada.

Ao comentar o art. 2.º/1 DL 398/83 (legislação portuguesa), ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES considera que "durante a suspensão, pode qualquer das partes fazer cessar o contrato nos termos gerais. Aqui se compreende não só a hipótese de despedimento com justa causa, especificamente contemplada no art. 77.º LCT, mas também a de caducidade e a de despedimento colectivo"[132].

Da lição acima se pode extrair que na suspensão, as principais obrigações relacionadas ao contrato de trabalho são inexigíveis. O fato é que o empregado não presta os serviços e o empregador não lhe paga salário. Os efeitos comumente produzidos ficam paralisados na suspensão e este período não é computado como tempo de serviço do empregado. A interrupção aparenta suspensão parcial, pois embora o empregado não trabalhe, o empregador continua obrigado a pagar seu salário.

Independentemente de se tratar de suspensão ou interrupção contratual há, em verdade, a paralisação temporária (ou ao menos se espera que seja) do exercício da atividade laborativa, ou seja, não há trabalho. Nesta hipótese, verifica-se, de um lado, a figura do empregado desobrigado do cumprimento de horário e de outras regras contratuais; de outro, o empregador, que em algumas situações deixa de remunerar o empregado

[132] **Ibid.**; p. 432.

(suspensão) e, em outras, continua arcando com o ônus relativo ao empregado, mesmo sem a prestação de serviços por este (interrupção).

No entendimento de CÉSAR MACHADO JÚNIOR "não há, na verdade, interrupção ou suspensão do próprio contrato de emprego, mas de alguns de seus efeitos"[133].

Assim, em alguns momentos ocorre a suspensão ou interrupção de alguns efeitos do contrato de trabalho, sem que implique em dissolução do mesmo. Enquanto houver suspensão ou interrupção de efeitos contratuais, não pode haver a rescisão contratual pelas partes, salvo justo motivo ou encerramento da empresa. Em havendo rescisão contratual em desacordo com a lei, será considerada nula:

> RESCISÃO CONTRATUAL OCORRIDA DURANTE A SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – NULIDADE. Reconhecido pelo INSS, após a rescisão contratual, que à época desta o empregado se encontrava incapacitado para o trabalho, sendo-lhe concedido, em conseqüência, o pagamento retroativo de auxílio-doença, impõe-se declarar a nulidade da dispensa, ocorrida enquanto suspenso o contrato. (TRT 3.ª Reg., 4.ª T., RO 13.159/96, Rel. Juíza Lucilde D´Ajuda Lyra de Almeida, DJMG, Caderno V, 8.3.97, pág. 6).

Ao debater esse mesmo assunto, JOSÉ MARTINS CATHARINO coloca que "a despedida é válida, mas sua eficácia fica suspensa enquanto perdurar o período da intermitência executiva, por sua vez sujeito a condição ou termo resolutivo, pois sempre contraditório"[134].

---

[133] MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999, p. 216.
[134] CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho...**, v. 2, p. 171.

Neste diapasão, a descontinuidade executiva do contrato de trabalho também poderá acarretar na sua extinção. Cessadas as causas que deram origem à suspensão ou interrupção, o contrato de emprego pode ser extinto.

A extinção do contrato de trabalho revela o momento em que o acordo de vontades deixa de existir por faculdade de uma ou de ambas as partes. Não significa, no entanto, que deixa de irradiar seus efeitos, já que muitas situações futuras poderão ser relacionadas ao contrato extinto.

A finalização do acordo entre as partes demonstra o momento em que os interesses não mais correspondem àquilo que representavam de início, ou situação à qual lei ou convenção coletiva autoriza extinção.

Neste contexto, a extinção representa o aniquilamento de situação até então existente. Relativamente ao contrato de trabalho, as partes desvinculam-se parcialmente. Enquanto houver pendências relacionadas ao contrato de trabalho, seus efeitos continuam existindo. Diz-se que a finalização total do contrato de trabalho só existe após a prescrição relativa a ele, muito embora este contrato faça parte da experiência do empregador e do empregado, não podendo ambos desvincular-se desta verdade.

Em essência, o contrato de trabalho admite sua paralisação temporária, dando ensejo à suspensão ou interrupção contratual. Para tanto, a paralisação deve ser justificada e legalmente autorizada ou contratualmente pactuada. A falta de justificativa para a inexecução temporal do contrato de trabalho é motivo para considerá-la como violadora do contrato estipulado entre as partes, dando ensejo à rescisão contratual por justa causa.

A experiência relativa aos contratos de trabalho demonstra que o empregado muitas vezes deixa de executar seu trabalho sem qualquer justificativa.

Na tentativa de solucionar este problema, a Consolidação das Leis do Trabalho no art. 482, *i*, estabelece como justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador o abandono de emprego. Este é caracterizado quando ocorre a ausência injustificada no emprego por mais de 30 (trinta) dias[135] ou menos (em caso de exercício de emprego em outro lugar). Nesta hipótese, haverá a demissão do empregado por justa causa. O pacto laboral estará desfeito por expresso confronto com a legislação trabalhista.

Desta feita, de início alude-se que a paralisação temporária do contrato de trabalho em decorrência do recebimento de benefício previdenciário pelo empregado, obsta qualquer medida do empregador no sentido de encerrar o contrato de trabalho por prazo indeterminado realizado anteriormente à sua suspensão ou interrupção temporária. No plano fático, porém, pode o empregador encerrar o contrato de trabalho diante de fato suspensivo ou interruptivo deste em decorrência de doença, invalidez, maternidade, mas não causará nenhum efeito até que o contrato de trabalho volte a seguir seu curso normal. No entanto, havendo justa causa, ainda que o contrato esteja suspenso ou interrompido, poderá ocorrer a rescisão contratual pelo empregador.

---

[135] Prazo estabelecido pela jurisprudência segundo Valentin Carrion (**Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**..., p. 372).

Além da justa causa, o fechamento do estabelecimento do empregador também dá ensejo à extinção contratual, pois não é medida prudente impedi-lo de rescindir o contrato nestas hipóteses, por conta da existência de suspensão ou interrupção contratual, conforme se verá no subitem 6.3.1.4.

Como se verifica, durante a suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, o vínculo empregatício é mantido e só por justa causa cometida pelo empregado ou no caso de extinção da empresa, poderá ser desfeito.

Não poderá o empregador utilizar sua hierarquia funcional para determinar o descumprimento da lei que garante a paralisação dos efeitos do contrato de trabalho por período determinado ou indeterminado. O fato é que ao empregador é vedado demitir o empregado, salvo justo motivo ou extinção da empresa, enquanto houver a paralisação dos efeitos do contrato pela sua suspensão ou interrupção.

Ainda que o pedido de rescisão contratual parta do próprio empregado, o contrato de trabalho deverá ser mantido, pois não poderá passar por este tipo de alteração enquanto seus efeitos estiverem paralisados. Vale anotar que o empregado, dada sua hipossuficiência, desconhece, por exemplo, a possibilidade de cessação da aposentadoria por invalidez, julgando-a como definitiva. Nesta perspectiva, o empregado poderia pedir demissão do emprego, sem ter a noção real do que isso implicaria se pudesse ser aceita pelo empregador.

Questão ainda mais polêmica é levantada se for considerado que além da descontinuidade executiva do contrato de trabalho pela suspensão ou interrupção, o empregado pode fazer jus à estabilidade.

JOSÉ MARTINS CATHARINO classifica o direito à estabilidade da seguinte forma:

> [...] o direito à estabilidade é de crédito. Obrigacional, se oriundo do contrato de emprego, ou obrigatório, caso nasça de norma jurídica imperativa e cogente. Implica limitação ao 'exercício autônomo' do direito de despedir, normalmente conferido ao empregador.[136]

Sérias conseqüências surgirão para o empregador, que além de ter a dispensa do empregado sem efeito até que acabem os motivos que levaram à suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, terá que indenizar o empregado nos termos do artigo 497, da Consolidação das Leis do Trabalho[137].

A estabilidade pressupõe a existência de um contrato de emprego, além de previsão legal ou contratual que discipline a respeito. Visa garantir a manutenção do contrato de trabalho em situações plenamente justificadas, em que o(a) empregado(a) precisa de proteção contratual, mormente se sofreu um acidente de trabalho, maternidade etc.

Denota-se desta análise que a legislação trabalhista brasileira consagra o caráter de continuidade dos contratos por prazo indeterminado. Tanto é que dentre os princípios do Direito do Trabalho, encontra-se o princípio da continuidade. Referido princípio retrata o caráter contínuo dos

---

[136] CATHARINO, José Martins. **Em defesa da estabilidade** (despedida versus estabilidade). São Paulo: LTr, 1967, p. 75.

[137] Art. 497. Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.

contratos de emprego, vez que a legislação trabalhista brasileira trata preferencialmente dos contratos por prazo indeterminado.

Na sustentação desta tese, serão destacadas as hipóteses de descontinuidade do contrato de trabalho que estão diretamente relacionadas ao recebimento dos benefícios previdenciários. Situações existem – e são legalmente disciplinadas – geradoras da descontinuidade na prestação do serviço, ocasionando efeitos diretos nos contratos de trabalho.

As hipóteses normativas relativas à interrupção ou suspensão do contrato de trabalho por recebimento de benefício previdenciário, são encontradas de forma esparsa na legislação trabalhista.

A concessão da aposentadoria requerida por ato volitivo do empregado (aposentadoria por idade, por tempo de contribuição e especial) acarretará grandes conseqüências no contrato de trabalho, conforme será analisado no subitem 6.2.3.

Relativamente à aposentadoria por invalidez, uma vez concedida ao empregado, também gera conseqüências no contrato de trabalho, mormente diante da provisoriedade na sua concessão (subitem 6.3).

O auxílio-doença, embora acarrete efeitos no contrato de trabalho similares aos efeitos ocasionados pelo recebimento da aposentadoria por invalidez, possui características próprias, conforme a doença seja proveniente de acidente de trabalho ou não (subitens 6.3.2.3 e 6.3.3.2).

No caso da empregada gestante, poder-se-á verificar que esta tem direito ao benefício previdenciário denominado salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, podendo ausentar-se do serviço sem

prejuízo do emprego e do salário. Aquela que adota uma criança, ou obtém guarda judicial para fins de adoção, também tem direito a este benefício, por período variável conforme a idade da criança (tendo essa mais de 8 anos, não há que se falar em benefício previdenciário).

Em subitem próprio 6.4.4, serão discutidos os efeitos ocasionados no contrato de trabalho no período de 120(cento e vinte) dias.

Em outras hipóteses, o recebimento de benefício previdenciário em nada influencia, altera ou modifica o contrato de trabalho.

Desta forma, o recebimento de pensão por morte pelo empregado na situação de dependente do segurado falecido não deve ser compreendido como suspensão ou interrupção do contrato de trabalho. De igual modo, não há cessação do contrato. Daí dizer-se que este benefício não ocasiona qualquer efeito sobre o vínculo empregatício.

O benefício salário-família, embora pago diretamente pelo empregador que depois irá deduzir o montante pago das contribuições devidas ao INSS, não influencia em nada o contrato de trabalho. Não há paralisação temporária do contrato, tão pouco garante estabilidade ao empregado.

Seguindo a mesma orientação, o auxílio-reclusão, concedido ao empregado por ser dependente de segurado preso, também não acarreta nenhuma paralisação ou extinção do contrato com seu empregador.

Com relação ao segurado preso, que não é beneficiário direto do auxílio-reclusão como o seu dependente, é preciso considerar que a Consolidação das Leis do Trabalho não aponta sua prisão como causa de

suspensão ou interrupção do contrato de trabalho. No entanto, a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado de baixa-renda estará condicionada ao não recebimento pelo segurado recolhido à prisão de remuneração pela empresa, de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço (art. 80, Lei 8.213/91), o que nos faz concluir que a prisão do segurado acarreta suspensão contratual (ausência de trabalho e de remuneração).

A prisão do segurado dará ensejo à extinção do contrato de trabalho por justa causa na hipótese do artigo 482, *in verbis*:

> Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
>
> [...]
>
> d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena.

Neste contexto, a prisão sem condenação não dá ensejo à despedida sem justa causa, embora o empregador possa dispensar o empregado sob o fundamento de justa causa com base no art. 482, *b*, da CLT (incontinência de conduta ou mau procedimento).

É fácil notar que além de não haver previsão legal acerca destes benefícios previdenciários (pensão por morte, auxílio-reclusão em relação aos dependentes e salário-família), os mesmos não acarretam a descontinuidade executiva do contrato de trabalho, nem garantem direitos ao empregado em relação ao contrato de emprego. Nisso reside a conclusão de que há realmente expressa autonomia entre o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho, sendo que este só terá os reflexos daquele no recebimento de alguns benefícios previdenciários.

Os benefícios supra mencionados, justamente por não irradiarem seus efeitos no contrato de trabalho, não serão objeto desta tese que delimita seu enfoque nos efeitos provocados na concessão de benefício pela previdência social.

Dada a importância do tema, serão analisados de forma específica os benefícios previdenciários que acarretam efeitos nos contratos de trabalho.

Vê-se que é complexo o assunto e será analisado de forma mais criteriosa nos tópicos a seguir.

6.2 Os benefícios aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria especial e seus efeitos no contrato de trabalho

6.2.1 Origem

Tratando inicialmente do tema aposentadoria por idade, é preciso considerar que a proteção social à “velhice” teve seu marco inicial com Bismarck, em 1889.

A Constituição alemã de Weimar de 1919 destacou a “prevenção de riscos de idade [...].”

Na seqüência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabeleceu que “todo homem tem direito [...] à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

Em 1952, a Convenção 102 da OIT, vedou o trabalho aos maiores de 65 anos de idade, como forma de proteção ao trabalhador em “idade avançada”.

No Brasil, a aposentadoria por idade foi criada pela LOPS - Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/60), que em seu artigo 22, inciso I, alínea *c*, a denominava de “aposentadoria por velhice”. Essa expressão foi mantida pela Lei 5.890 de 8 de junho de 1973.

A Lei 8.213/91 manteve esse benefício sob a denominação de aposentadoria por idade e não aposentadoria por velhice.

Constitucionalmente considerada, a aposentadoria por idade foi prevista pela primeira vez na Constituição Brasileira de 1934, ao estabelecer a instituição de previdência em favor da velhice (art. 121, §1.º, *h*).

Em 1937, a Constituição previu a instituição de seguros de velhice, no artigo 137, *m*.

A Constituição de 1946 também consagrava a previdência em favor da velhice (art. 157, XVI).

No ano de 1967, a Carta Constitucional utilizou no artigo 158, inciso XVI a terminologia “previdência social” para a velhice.

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, estabeleceu a previdência social nos casos relativos à velhice.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 garante proteção pela previdência social em virtude de idade avançada no artigo 201, inciso I.

Em relação à aposentadoria por tempo de contribuição, esta apareceu pela primeira vez no Brasil através do Decreto 4.682, de 24 de janeiro de 1923 – Lei Eloy Chaves, sendo denominada “aposentadoria ordinária”, concedida aos 30(trinta) anos de serviço e 50(cinqüenta) anos de idade (art. 12).

Em 1948 foi editada a Lei 593, regulamentada pelo Decreto 26.778, de 14.6.1949, que disciplinou acerca da aposentadoria ordinária.

A Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS (1960) garantiu a aposentadoria por tempo de serviço (e não mais ordinária), estabelecendo o limite de idade de 55(cinqüenta e cinco) anos. Tal limite foi extinto com a Lei 4.130, de 28 de agosto de 1962.

A Constituição de 1967 garantia a aposentadoria para a mulher aos 30 anos de trabalho, com salário integral (artigo 158, inciso XX). Esse direito foi mantido com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

A Carta Constitucional de 1988, originariamente, dispôs que a aposentadoria por tempo de contribuição seria concedida após 35 anos de trabalho, se homem, e 30 anos de trabalho, se mulher, ou em tempo inferior no caso de trabalho sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (artigo 202, inciso II).

Também foi resguardada a aposentadoria por tempo de serviço proporcional ao homem com 30 anos de serviço e à mulher, com 25 anos de serviço (§ 1.º do art. 202).

Com a Emenda Constitucional n.20 de 15 de dezembro de 1998, emerge a Reforma Previdenciária e a aposentadoria por tempo de serviço passa a ser denominada aposentadoria por tempo de contribuição. Além desta alteração terminológica, este benefício não poderá mais ser concedido de forma proporcional. Estabeleceu que o tempo de serviço cumprido será computado como tempo de contribuição até que seja editada lei para disciplinar a matéria (art. 4.º da Emenda Constitucional).

Resta a compreensão da origem histórica da aposentadoria especial.

Referido benefício previdenciário foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 31 da lei 3.807/60:

> Art. 31, *caput*. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50(cinqüenta) anos de idade e 15(quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15(quinze), 20(vinte) ou 25(vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

A Lei 5.440-A de 1968 retirou a exigência da idade mínima de cinqüenta anos para a concessão da aposentadoria especial.

Na seqüência, a Lei 5.890 de 8 de junho de 1973 estipulou no artigo 9.º que “a aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 5 (cinco) anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo”.

A Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988 previu a aposentadoria especial no inciso II do artigo 202 dispondo que esta aposentadoria seria concedida após 35(trinta e cinco) anos de trabalho para o homem e 30 (trinta) para a mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física definidas em lei.

A regra aduzida foi modificada pela Emenda Constitucional n.20/98 e pela Emenda Constitucional n. 47 de 2005, seguindo atualmente com a seguinte redação:

> Art. 201.
>
> §1.º. É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Feitas estas considerações de cunho histórico, é preciso definir se a concessão da aposentadoria espontânea (por idade, tempo de contribuição ou especial) encerra o contrato de trabalho por decorrer da vontade do trabalhador ou se o contrato continua a existir, sem que sofra alteração em virtude do recebimento da aposentadoria pelo empregado.

6.2.2 Conceito

Em sua acepção terminológica, aposentadoria traz a idéia de "aposentos". RAIMUNDO CERQUEIRA ALLY afirma que "a palavra 'aposentadoria' tem o sentido de descanso, retiro, pouso (antigo apousentar, de a + pouso + entar, com redução do ditongo ou). Daí 'aposento', sinônimo de compartimento da casa, especialmente o quarto de dormir privativo de determinadas pessoas".[138]

Nesse sentido, a aposentadoria representa não a descontinuidade executiva do contrato de trabalho, que dá origem à suspensão ou interrupção, mas sim a cessação deste.

Existe um instante na vida do homem que o descanso se faz necessário por motivos diversos (físicos, mentais etc.). O trabalhador deve, então, recolher-se aos seus aposentos, para que possa descansar. Para isso é necessário acabar com todo e qualquer vínculo empregatício existente.

O Magno Dicionário de Língua Portuguesa (coordenação de Raul Maia Jr. e Nelson Pastor) estabelece como aposentadoria a "ação de se aposentar ou de aposentar alguém; estado daquele que se aposentou; estado daquele que deixou de exercer sua profissão".[139]

DE PLÁCIDO E SILVA traça o conceito de aposentadoria:

> Com o mesmo sentido de aposentação, o termo designa o ato pelo qual o poder público, ou o empregador, confere ao funcionário público, ou empregado, a dispensa do serviço

---

[138] ALLY, Raimundo Cerqueira. **Op. cit.;** p. 105.
[139] MAIA JR., Raul; PASTOR, Nelson (coord.). **Magno dicionário brasileiro de língua portuguesa**..., p.146.

> ativo, a que estava sujeito, embora continue a pagar-lhe a remuneração ou parte dela, a que tem direito, como se em efetivo exercício de seu cargo.[140]

Nesse raciocínio, resta o convencimento de que a aposentadoria está ligada à inatividade. Em decorrência deste pensamento, grandes discussões surgem relacionadas à aposentadoria e a cessação da atividade laborativa por parte do aposentado, como ver-se-á no subitem 6.2.3.

A aposentadoria por idade, a aposentadoria por tempo de contribuição e a aposentadoria especial são benefícios substitutivos do salário e merecem estudo justamente porque sua concessão acarreta efeitos no contrato de trabalho.

Enquanto a aposentadoria por idade visa a proteção do risco social idade avançada, a aposentadoria por tempo de contribuição, aparentemente, não decorre de nenhum risco social protegido. Assim, o tempo de contribuição não é visto como evento danoso, nem situação de necessidade. No entanto, no ensinamento de MIGUEL HORVATH JÚNIOR, existe um risco presumido, já que se entende que "após 35 anos de contribuição para os homens e 30 anos para as mulheres, o segurado esteja desgastado para continuar exercendo suas atividades".[141]

A aposentadoria por idade - disciplinada nos artigos 48 a 51 da Lei 8.213/91 - é concedida ao segurado que contar com 60(sessenta) anos de idade, se mulher ou 65(sessenta e cinco) anos de idade, se homem. O limite

---

[140] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico...**, vol. I, p. 171.
[141] HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 184.

de idade é reduzido em cinco anos para o trabalhador rural: 55 (cinqüenta e cinco) anos de idade para a mulher e 60(sessenta) anos de idade para o homem.

No que tange à aposentadoria por tempo de contribuição (arts. 52 a 56 da Lei 8.213/91), sua concessão é conferida após 30(trinta) ou 35(trinta e cinco) anos de contribuição para a mulher e para o homem respectivamente.

A aposentadoria especial (arts. 57 a 58 da Lei 8.213/91), note-se, é espécie de aposentadoria por tempo de contribuição. É concedida ao segurado que exerce atividade sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos.

Além dos requisitos mencionados, há a necessidade de cumprimento da carência de 180(cento e oitenta contribuições mensais) ou tabela do artigo 142 da Lei 8.213/91[142] para ter direito ao benefício.

6.2.3 A aposentadoria espontânea e seus efeitos no contrato de trabalho

Ante a controvérsia quanto à possibilidade de extinção do contrato de trabalho em face da aposentadoria espontânea (aposentadoria por idade,

[142] Tabela utilizada para o segurado inscrito na previdência social até 24 de julho de 1991, bem como para o trabalhador e o empregador rural cobertos pela previdência social.

por tempo de contribuição e especial), é preciso tecer algumas considerações.

A redação original da Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS (Lei 3.807/1960) nada dispunha a respeito da necessidade de extinção do vínculo empregatício para obter a aposentadoria. Esse quadro foi revertido em 21 de novembro de 1966, com o Decreto-lei n. 66, que modificou a redação do §7.º do artigo 32 da LOPS, estabelecendo a partir de então que "a aposentadoria por tempo de serviço será devida a contar da data do comprovado desligamento do emprego ou efetivo afastamento, que só deverá ocorrer após a concessão do benefício".

A Lei n. 4090 de 13 de junho de 1962 previu no artigo 1.º, §3.º, inciso II, a cessação do contrato de trabalho com a aposentadoria do empregado.

Em seguida, foi introduzida no ordenamento jurídico a Lei 5.890, de 8 de junho de 1973, realizando algumas mudanças na seara previdenciária. Dentre seus dispositivos, interessa-nos o artigo 10, §3.º, que determinava que a aposentadoria por tempo de serviço seria devida: I - a partir da data do desligamento do empregado ou da cessação da atividade, quando requerida até 180 dias após o desligamento; II – a partir da data da entrada do requerimento, quando solicitada após decorrido o prazo estipulado no item anterior. De conformidade com esta legislação, a data para a concessão do benefício tinha como ponto de partida a data do desligamento do emprego.

No ano de 1975, a Lei 6.204, de 29 de abril, modificou a redação do artigo 453 do Decreto-lei 5.452/43, restando claro que a lei em comento

pretendeu excluir o tempo em que o empregado trabalhou antes do recebimento da aposentadoria espontânea, ou seja, a aposentadoria daria início a uma nova contagem de tempo de serviço caso o empregado continuasse em atividade.

Alguns anos depois, a Lei 6.887, de 10 de dezembro de 1980, deu nova redação ao artigo 5.º, §3.º da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, possibilitando ao empregado aposentado por tempo de serviço ou idade, o retorno ao emprego ou a continuidade de sua atividade. Deixava de forma explícita esta lei, que não havia a necessidade do desligamento do emprego para o requerimento da aposentadoria.

Esse quadro foi novamente revertido com a Lei 6.950, de 4 de novembro de 1981, que voltou a exigir o desligamento da empresa para o recebimento da aposentadoria:

> Art. 3º A aposentadoria dos segurados empregados sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho será devida:
>
> I - a partir da data do comprovado desligamento do emprego, quando requerida antes dessa data, ou até 180 (cento e oitenta) dias após o desligamento; e
>
> II - a partir da data da entrada do requerimento, quando requerida após o prazo estipulado no item anterior.

Após esse período, a legislação pareceu silenciar a respeito do assunto. Por isso, até 24 de julho de 1991, havia a obrigatoriedade do empregado se afastar da empresa para requerer aposentadoria por tempo de contribuição, por idade e especial.

A Súmula 295 do TST, editada pela Resolução 05/1989, publicada no DJ de 14.04.1989, também remete ao entendimento de que a aposentadoria extingue o contrato de trabalho:

> SÚMULA 295 - Aposentadoria espontânea. Depósito do FGTS. Período anterior à opção.
>
> A cessação do contrato de trabalho em razão de aposentadoria espontânea do empregado exclui o direito ao recebimento de indenização relativa ao período anterior à opção. A realização de depósito na conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, de que trata o § 3.º do art. 14 da Lei nº 8.036, de 11.05.1990, é faculdade atribuída ao empregador.

Com o advento da Lei 8.213/91 essa exigência deixou de existir, com algumas restrições: em se tratando de aposentadoria especial, o empregado, embora possa continuar a trabalhar na mesma empresa, não pode mais exercer atividade classificada como especial, ou seja, sujeita a agentes químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à atividade física (art. 57, §8.º, Lei 8.213/91) e, no caso da aposentadoria por invalidez, não poderá mais ser realizada qualquer atividade por parte do segurado. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade, terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno (art. 46, Lei 8.213/91). Com relação às demais aposentadorias (por idade e por tempo de contribuição), não há impedimento à continuidade da atividade laboral.

A legislação previdenciária não determina a automática extinção do contrato de trabalho em caso de aposentadoria espontânea. Sob este aspecto, não há qualquer óbice à continuidade da prestação de serviço pelo

empregado ao empregador. O próprio artigo 49, inciso I, alínea *b*, revela que não há a extinção do contrato de trabalho, visto que dispõe, *in verbis*:

> Art. 49. A aposentadoria por idade será devida:
>
> I – ao segurado empregado, inclusive ao doméstico, a partir:
>
> [...]
>
> b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea *a*; (grifo nosso)

Em contrapartida, a legislação trabalhista (Decreto-lei 5.452/43) estabelece no artigo 453, *caput*, que "no tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente".(grifo nosso)

A Medida Provisória n. 1.523 de 11 de outubro de 1996, dispunha:

> Art. 148. O ato de concessão de benefício de aposentadoria importa extinção do vínculo empregatício.

Como se não bastasse, a Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997, acrescentou ao artigo 453 da Consolidação das Leis Trabalhistas, os §§1.º e 2.º, que vieram confirmar a extinção do contrato de trabalho através da aposentadoria:

> Art. 453.
>
> [...]
>
> § 1º Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos

> constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público.
>
> § 2º O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado trinta e cinco anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício.

Como se verifica, a análise do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho dá margem à interpretação de que a aposentadoria espontânea extingue, automaticamente, o contrato de trabalho, ainda que haja continuidade na prestação do serviço. O dispositivo legal é claro ao estabelecer a divisão entre os períodos anterior e posterior à aposentadoria.

ALMANSA PASTOR, ao comentar a legislação espanhola, relata uma incongruência jurídica, já que ao mesmo tempo em que se espera as medidas de política de emprego liberadoras de postos de trabalho pela aposentadoria, por outro cria um estímulo a prolongar a idade de aposentadoria. A legislação espanhola não impõe a cessação automática do contrato de trabalho ao completar o empregado a idade para aposentadoria:

> La Ley no impone el cese automático en el trabajo al cumplir la edad inicial de jubilación, con lo que se rechazan las dos primeras soluciones del cuadro anteriormente trazado, pues no existe obligación de cesar, ni como descanso automático por ancianidad, ni como invalidez legal por senectud.
>
> La ley ofrece un estímulo indirecto para no cesar en el trabajo, ya que al fijarse la protección según escala de porcentajes progresivos a medida que es mayor el número de años trabajados, el sujeto protegido percibirá mayor protección en su momento si continúa en su actividad laboral. No cabe duda que este punto introduce ciertos aspectos de la consideración de ancianidad en la senectud, toda vez, que en cierta medida,

> la proporción protectora supone una atención a los servicios prestados.[143]

Nessa medida, caso o empregado tendo idade para se aposentar não o faça, seu vínculo empregatício mantém-se inalterado. No entanto, ocorrendo a aposentadoria espontânea, ou seja, por parte do empregado, extinto estará o contrato de trabalho, conforme artigo 49.6 do Estatuto dos Trabalhadores Espanhol.

Refletindo acerca da legislação espanhola, verifica-se de um lado, a necessidade de rotatividade de postos no mercado de trabalho e, de outro, o estímulo à continuidade da prestação do serviço, mesmo o indivíduo preenchendo os requisitos para a aposentadoria.

Situação similar é encontrada na legislação brasileira, concernente aos servidores públicos estatutários, que terão direito a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória, caso já tenham completado os requisitos para a aposentadoria voluntária e optem por permanecerem em atividade (artigo 40, §19, CF/88).

Desdobra-se o posicionamento doutrinário relativo à extinção ou não do contrato de trabalho em virtude da aposentadoria espontânea.

Para a corrente favorável à extinção do contrato de trabalho com a aposentadoria espontânea, a idéia do artigo 33 da Lei 8.213/91[144] é a de que a aposentadoria substitui o salário.

---

[143] PASTOR, Jose Manuel Almansa. **Op. cit.;** p. 468.

O próprio artigo 201, §2.º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário-mínimo”.

Sob a análise deste dispositivo, entende-se que o constituinte teve o intuito de proteger o trabalhador no momento de sua aposentadoria. Presumiu, por certo, que ao se aposentar o segurado deixa de exercer sua atividade, necessitando de benefício substitutivo do salário.

No dizer de WAGNER BALERA:

> É curial que o substitutivo não foi criado para ser acumulado com o que se destina a substituir. Donde que não podem ser percebidos, concomitantemente, o rendimento e o benefício. Por força do laço de continuidade histórico da legislação que rege o sistema previdenciário, a aposentadoria deve ser precedida pelo desligamento do trabalho. O benefício faz as vezes do salário ou da remuneração percebida pelo obreiro[145].

A importância de se determinar se a aposentadoria espontânea extingue ou não o contrato de trabalho, relaciona-se às indenizações devidas.

No primeiro entendimento (de que a aposentadoria espontânea extingue automaticamente o contrato de trabalho) é indevida a multa de 40% sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. A indenização prevista na legislação trabalhista só seria exigida caso o empregador desse

---

[144] Art. 33. A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no Art. 45 desta Lei.

[145] BALERA, Wagner. Contrato de trabalho e aposentadoria. **Revista de Direito Social**, ano 5, n. 20. Sapucaia do Sul/RS: Notadez, 2005, p. 14.

causa à aposentadoria do empregado. Ainda nesta perspectiva, o empregado também não faria jus a aviso prévio, já que a iniciativa da aposentadoria teria partido dele mesmo. Restaria ao empregador apenas a obrigatoriedade de pagar o 13.º proporcional e a férias proporcionais ao empregado, se este tiver mais de um ano de empresa, além de férias vencidas. Ademais, deverá o empregador realizar a baixa na Carteira de Trabalho e Previdência Social. Caso o empregado continue a trabalhar, o empregador irá readmiti-lo no dia imediatamente posterior ao da concessão da aposentadoria. Como é permitido que o empregado continue trabalhando na empresa (ainda que segundo esse entendimento ocorra a cessação do vínculo empregatício), a indenização relativa aos 40% sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço seria devida apenas em relação aos depósitos efetuados a partir do primeiro dia seguinte ao da cessação da aposentadoria, ainda que o empregado não tenha resgatado seu fundo (FGTS) quando da concessão desta.

O reflexo direto desse entendimento pode trazer a conclusão de que a extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea faz com que o contrato seja considerado por prazo determinado.

Nesta hipótese, o contrato perdura aparentemente por tempo indeterminado, chegando a termo com a aposentadoria espontânea. Poder-se-ia inclusive afirmar que a aposentadoria funcionaria como condição resolutiva: caso ela ocorra, o contrato estará acabado; caso o segurado não se aposente espontaneamente (ainda que já preenchidos todos os requisitos legais para tanto), o contrato mantém-se inalterado.

Sendo contrato por tempo determinado, será possível utilizar as regras específicas deste contrato traçadas pela Consolidação das Leis do Trabalho para regulamentá-lo? Pode ser aplicada a esse contrato a regra clara do artigo 452 do mesmo diploma legal?

O artigo 452 estabelece que "considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, o outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos". Sob este argumento, ocorrendo a aposentadoria espontânea, caso o empregado volte a trabalhar na mesma empresa dentro de 6(seis) meses, haverá, na verdade, prorrogação do contrato de trabalho anteriormente firmado e não um novo contrato, como pretende alguns doutrinadores. Para exemplificar, o empregador terá duas opções ao empregado se aposentar: despedi-lo, não sendo devidos o aviso prévio e a multa sobre o FGTS por ser considerado contrato por prazo determinado ou mantê-lo no emprego, passando o contrato a ser considerado por prazo indeterminado, já que o exercício de atividade dentro da mesma empresa dentro de 6 (seis) meses após o término do prazo do contrato por prazo determinado acarreta a prorrogação do mesmo. Obviamente o empregador escolherá a primeira opção: demissão do empregado.

Em verdade, considerando a aposentadoria espontânea como causa extintiva do contrato de trabalho, este passa a ser visto como contrato por prazo indeterminado especial, sem que contrarie o princípio da continuidade do contrato de trabalho, colocado pelo Direito do Trabalho. Nas palavras de AMAURI MASCARO NASCIMENTO, este princípio corresponde "à idéia

de que o emprego deve ser mantido porque o salário tem função alimentar, provendo meios para a subsistência pessoal e familiar do assalariado, da qual se veria privado quando do desemprego".[146]

O princípio da continuidade do contrato de trabalho não terá razão de existir face a garantia de mantença do empregado (ora aposentado) pela aposentadoria.

O fato é que o benefício previdenciário denominado "aposentadoria" é substitutivo do salário, o que não implica dizer que a cessação do contrato de trabalho em virtude do recebimento deste benefício fere o princípio da continuidade da prestação do serviço. O segurado estará amparado com o benefício previdenciário e, mesmo que o empregador dispense seus serviços, terá ele condições de manter a si e à sua família, não estando na situação de desempregado, mas na posição de aposentado.

Num segundo entendimento, ou seja, não acarretando a aposentadoria espontânea a extinção do contrato de trabalho, em caso de dispensa imotivada do empregado pelo empregador, este deverá pagar todas as verbas rescisórias, como aviso prévio, 13.º salário proporcional, férias proporcionais, 40% sobre os depósitos do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), levando-se em conta inclusive o período anterior à aposentadoria.

Não se pode negar que a legislação previdenciária autoriza a continuidade da prestação de serviços pelo aposentado por idade, por tempo de contribuição ou especial (desde que, neste último caso, o trabalhador não

---

[146] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, 2006, p. 781.

volte a exercer atividade em condições especiais), ao estabelecer em seu artigo 11, §3.º da Lei 8.213/91 que:

> Art. 11.
>
> [...]
>
> §3.º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social.

O entendimento que se deve ter é o de que o empregado poderá continuar trabalhando após a aposentadoria espontânea. Mesmo esta configurando extinção do contrato de trabalho, cabe ao empregador a faculdade de manter o empregado ou não no seu posto de trabalho.

Divergências doutrinárias surgem, contudo, tendo em vista o polêmico questionamento acerca da extinção ou não do contrato de trabalho com a aposentadoria.

A doutrina pátria em inúmeras ocasiões se manifestou sobre o assunto:

AMAURI MASCARO NASCIMENTO dispunha em 1985 o entendimento segundo o qual a aposentadoria extingue o contrato de trabalho:

> A aposentadoria, como forma de extinção do contrato de trabalho, não é um ato instantâneo. É um ato complexo. O empregado pode aguardar no serviço o desfecho do seu requerimento dirigido ao Instituto Nacional da Previdência Social – INPS para obter aposentadoria por tempo ou idade. O INPS faz a comunicação do deferimento ao empregador. Este, por sua vez, informa e desliga o empregado, momento em que estará extinto o contrato. Caso resolva o empregado não aguardar no emprego o resultado de seu requerimento, a

> extinção se consumará evidentemente na ocasião do seu afastamento.[147]

Aludido doutrinador mantém atualmente pronunciamento no mesmo sentido:

> [...] a aposentadoria é causa suficiente de cessação do vínculo. A continuidade na mesma empresa, no plano teórico, não é o mesmo que prosseguimento do contrato porque nessa situação o que acontece é a continuidade física, mas há a extinção do vínculo jurídico, entendimento, no entanto, que não é pacífico. O contrato fica terminado por aposentadoria. Inicia-se, após a aposentadoria, novo contrato individual de trabalho entre as mesmas partes[148].

WAGNER BALERA dispõe que:

> Prestigia o valor social do trabalho e cumpre as diretrizes da seletividade e distributividade dos benefícios a obrigatoriedade do desligamento do emprego, verdadeiro pressuposto para a concessão dos benefícios de aposentadoria por idade, por tempo de serviço e especial.[149]

Seguindo o mesmo raciocínio, VALENTIM CARRION assinala que "a aposentadoria extingue automaticamente o contrato de trabalho, quando requerida pelo empregado".[150] E ainda afirma que "as cláusulas vigorantes durante a relação de emprego cessam com a aposentadoria. Na hipótese em que o regulamento da empresa ou do contrato preveja vantagens para depois da aposentadoria (complementação dos benefícios pagos pela Previdência

---

[147] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Cessação do contrato de Trabalho, In: MAGANO, Octavio Bueno (coord). **Curso de Direito do Trabalho**, p. 372-373.
[148] NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho...**, p. 746.
[149] BALERA, Wagner. Contrato de trabalho e aposentadoria..., p. 13.
[150] CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 29. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291.

Social, por exemplo), é pacífica a intangibilidade dos direitos adquiridos [...]"[151].

EMÍLIO GONÇALVES destaca que "a aposentadoria constitui uma das modalidades de dissolução do contrato de trabalho. Consiste no desligamento do empregado, mediante o direito de receber do INSTITUTO NACIONAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL a remuneração prevista na lei, a título de renda mensal".[152]

CESARINO JÚNIOR[153] afiança que a aposentadoria definitiva equivale à morte.

Na explanação de RAIMUNDO ALLY:

> À exceção da aposentadoria por invalidez, a concessão de qualquer outra aposentadoria implica a extinção ou rescisão do contrato de trabalho. Há quem discorde desse entendimento, sob a alegação de que não há qualquer preceito legal que considere a aposentadoria uma das causas extintivas, dissolutivas ou rescisórias do contrato de trabalho. Não há necessidade de lei para que se entenda o óbvio, como, por exemplo, a extinção do contrato de trabalho por abandono de emprego ou morte do empregado.[154]

A doutrina alienígena também considera a aposentadoria espontânea como causa extintiva do contrato de trabalho. Ao tecer comentário a respeito desta questão, ALBERTO JOSÉ CARRO IGELMO lembra que:

---

[151] **Ibid.**; p. 328.
[152] GONÇALVES, Emílio. **Op. cit.;** p. 125.
[153] CESARINO JÚNIOR, Direito Social Brasileiro, São Paulo: LTr, 1980, p. 303, *apud*, BALERA, Wagner, Contrato de trabalho e aposentadoria. **Revista de Direito Social** n. 20, p. 14.
[154] ALLY, Raimundo Cerqueira. **Op. cit.;** p. 119.

> La jubilación del trabajador obedece a una manifestación de voluntad del mismo, que há alcanzado la edad señalada por la ley para optar a la jubilación. Y la manifestación de voluntad, como tal, no es obligatoria, por lo que a la jubilación del trabajador le corresponde encuadrarla dentro de las causas que dependen de la voluntad unilateral de una parte. Em este caso, la del trabajador.
>
> [...] Hoy, sin embargo, la jubilación sigue hallándose entre las causas que extinguen el contrato de trabajo reconocidas por el Estatuto, aunque no depende su utilización más que de la voluntad del trabajador[155].

ALFREDO MONTOYA MELGAR ao comentar a aposentadoria na legislação de seguridade social espanhola esclarece que além do requisito idade, para ser concedido o benefício, requer-se também o afastamento do trabalhador da atividade laboral:

> La jubilación que da lugar a la protección del Régimen General de la Seguridad Social consiste en el cese en el trabajo por cuenta ajena a causa de la edad (art. 160 TRSS). El mero cumplimiento de la edad – fijada en los sessenta y cinco años (art. 161.1.a TRSS) – no es, pues, suficiente para devengar el derecho a la acción protectora de la Seguridad Social, sino que se requiere además que el interessado decida retirarse de la atividad laboral [...][156].

Jurisprudencialmente falando, existem decisões divergentes acerca deste questionamento, dentre as quais se menciona:

> APOSENTADORIA ESPONTÂNEA E EXTINÇÃO CONTRATUAL – RELAÇÕES - A contar da Lei 8.213/91 (arts. 49 e 54), a aposentadoria espontânea não mais extingue, necessariamente, o contrato de emprego, que se considerará intocado, para todos os efeitos, caso mantida a prestação de trabalho. Dispensado meses após, o obreiro faz jus aos 40%

---

[155] IGELMO, Alberto Jose Carro. **Curso de derecho del trabajo...**, p. 493-494.
[156] MELGAR, Alfredo Montoya. **Op. cit.;** p. 670-671.

sobre o conjunto integral dos depósitos de FGTS (TRT/RO 02316/94 – 1.ª T. Rel. Juiz Maurício Godinho Delgado).

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. A aposentadoria espontânea implica, necessariamente, na extinção do contrato de trabalho. Nas readmissões após a aposentadoria espontânea, ocorrendo a dispensa sem justa causa, a multa de 40% deverá ser calculada com base nos depósitos do FGTS efetuados no período pós-aposentadoria e não sobre a totalidade do período trabalhado na empresa. Orientação Jurisprudencial nº 177. Embargos não conhecidos. (TST-E-RR-628.600/2000.3, DJU de 13/02/2004, SESBDI, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula).

APOSENTADORIA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. A relação jurídica do trabalhador com a previdência, ou seja, relativa a forma de requerimento, "modus operandi" para concessão do benefício, não se confunde com a relação jurídica empregado e empregador. Aposentadoria é ato de vontade do empregado que não pode onerar o empregador com pagamento de multa (40% FGTS) que histórica e juridicamente foi instituída para a despedida sem justo motivo de iniciativa do patrão." (TRT2ª R. - RO 46053200290202002 - 2ª T. - Ac. 20030076344 - Relª Juíza Maria de Fatima Zanetti Barbosa e Santos - DOESP 11.03.2003)

APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. MANUTENÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO. MULTA DE 40% SOBRE O FGTS. Com o advento da Lei 8.213/91, deixou de ser necessário o desligamento do emprego para o fim de deferimento, pela Previdência Social, do pedido de aposentadoria. Destarte, a obtenção da aposentadoria não mais constitui causa de extinção do vínculo empregatício, que persiste sem solução de continuidade na hipótese em que o empregado, embora jubilado, continue a prestar serviços ao mesmo empregador. Nesse caso, a posterior iniciativa de ruptura do contrato sem justa causa obriga o empregador ao pagamento de todas as verbas inerentes a essa modalidade de despedida, inclusive a multa de 40% sobre a totalidade do FGTS depositado. (TRT2ª R. - RO 31648200290202003 - 10ª T. - Ac. 20030066322 - Rel. Juiz Ricardo César Alonso Hespanhol - DOESP 11.03.2003)

A Orientação Jurisprudencial n. 177 da Seção de Dissídios Individuais (Subseção I) do Tribunal Superior do Trabalho cancelada pelo Pleno do TST em sessão realizada no dia 25 de outubro de 2006, estabelecia que “a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a cessação do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria”.

Ficava demonstrado de forma indubitável o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho – TST, manifestando-se a favor da extinção do contrato de trabalho em virtude da concessão, pela previdência social, da aposentadoria espontânea.

De forma contraditória, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou acerca desta matéria, afirmando de forma categórica que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, em decisão inusitada proferida pela Primeira Turma em 16 de agosto de 2005, por maioria, a Recurso Extraordinário (RE 449420).

Antes disso, ao julgar a ADIn 1.721-3/DF, o STF decidiu "suspender, até decisão final da ação, a eficácia do § 2.º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pelo art. 3.º da Lei 9.528, de 10/12/97, em que se converteu a Medida Provisória n. 1596-14, de 11/11/97". Ademais, por força de liminar concedida pelo STF na Adin 1.770-4, também foi suspensa a eficácia do § 1.º, do artigo 453, da CLT.

O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou, liminarmente, a inconstitucionalidade desses dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e reconheceu explicitamente que a aposentadoria espontânea do

trabalhador não constitui motivo para extinção do contrato de trabalho, quer seja ente público ou pessoa jurídica de direito privado (ADIns n.ºs 1.721 e 1.770). Desta feita, “o diploma normativo impugnado, todavia, ao dispor que a aposentadoria concedida a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço (aposentadoria proporcional por tempo de serviço) importa extinção do vínculo empregatício -- efeito que o instituto até então não produzia --, na verdade, outra coisa não fez senão criar modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização, o que não poderia ter feito sem ofensa ao dispositivo constitucional sob enfoque. Presença dos requisitos de relevância do fundamento do pedido e da conveniência de pronta suspensão da eficácia do dispositivo impugnado. Cautelar deferida”. (STF - ADI 1721-3, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJU de 11/04/2003).

Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, utilizar o argumento de que o contrato de trabalho é extinto com a aposentadoria por idade é dar margem às despedidas arbitrárias. Tal posicionamento denota ainda que o benefício previdenciário aposentadoria, não tem qualquer relação com o vínculo empregatício regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. São institutos completamente autônomos, conforme já analisado no subitem 3.4.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir a ADIn 1.721-3/DF também levou em consideração o inciso I do artigo 7.º da Constituição Federal de 1988 - que garante a indenização de 40% do FGTS – e não a exclui no caso de aposentadoria espontânea. Desta feita, o disposto no § 2.º do artigo 453 da CLT criou nova modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa (a aposentadoria espontânea), sem indenização, contrariando o

disposto no inciso I do artigo 7.º da Carta Magna de 1988, que assegura a referida indenização ao trabalhador.

Em conformidade com posicionamento do STF, destaca-se o entendimento de FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM em relação ao antigo posicionamento do TST (OJ n. 177), para quem:

> A relação previdenciária em nada atinge o vínculo laboral, sendo inadequada a interpretação dada pelo TST aos reflexos da aposentação sobre a relação de emprego.
>
> [...] Como de hábito, freqüentemente confundem-se os preceitos previdenciários e trabalhistas do direito social, e este foi o caminho trilhado pelo TST. Não faz o menor sentido falar-se de impacto da aposentadoria sobre a relação laboral no atual contexto da legislação pátria.[157].

Para AMAURI MASCARO NASCIMENTO a liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal contraria os interesses dos empregados. Ao comentar o artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, este autor coloca que:

> O critério da lei tem por fim beneficiar o aposentado. É que se pretende ficar no mesmo emprego, mas, se o tempo anterior à aposentadoria é somado ao subseqüente, a unificação dos dois tempos eleva os ônus da empresa num futuro despedimento (o acréscimo de 40% do FGTS é indevido na aposentadoria, mas será devido na dispensa futura; haverá dispensa futura porque o aposentado não receberá uma segunda aposentadoria e só sairá da empresa se despedido). Vê-se, portanto, que a lei beneficia o aposentado na perspectiva da sua continuidade no mercado de trabalho. Com a liminar concedida na referida ação, a empresa não permitirá que o aposentado nela continue e providenciará, imediatamente, tão logo tenha ciência de que ele

[157] IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**..., p. 475.

> obteve aposentadoria espontânea, o seu desligamento por força da aposentadoria.[158]

Em meio a esse questionamento, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir de forma definitiva a ADin 1721[159] confirmou seu entendimento inicial de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho. Declarou inconstitucionais os §§2.º e 3.º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, por trazerem a conclusão de que ocorre a extinção do contrato de trabalho através da aposentadoria requerida pelo empregado.

Simplificadamente, para o STF, considerar a concessão da aposentadoria espontânea pelo INSS como causa extintiva do contrato de trabalho seria o mesmo que:

a) Instituir modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização (artigo 7.º, inciso I, Constituição Federal).

b) Desconsiderar a própria vontade do empregador em continuar com seu empregado;

c) Ignorar a autonomia entre a relação jurídica existente entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o INSS, e a relação empregatícia.

O MINISTRO DALAZEN entendeu que não há dispositivo legal que declare a extinção do contrato de trabalho em face da aposentadoria espontânea requerida pelo empregado.

---

[158] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, 2006, p. 746.

[159] Ação Direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT, pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT e pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B para declarar a inconstitucionalidade do §2.º do artigo 453, CLT.

Em voto contrário, o MINISTRO MARCO AURÉLIO colocou a necessidade de ser extinto o contrato de trabalho a partir da aposentadoria espontânea, considerando ser razoável o §2.º do artigo 453 da CLT, face a situação concreta do mercado de trabalho (oferta excessiva de mão-de-obra e escassez de emprego) bem como pela situação da previdência social, em virtude das aposentadorias precoces.

Seguindo a decisão do STF proferida por maioria, no dia 25 de outubro de 2006 foi cancelada a Orientação Jurisprudencial n. 177, do TST, que considerava extinto o contrato de trabalho com a aposentadoria espontânea, sendo indevida pelo empregador a multa de 40% sobre o FGTS. Referida multa só seria devida pelo empregador em caso de dispensa imotivada, incidindo apenas sobre os depósitos efetuados após a aposentadoria, ou seja, na vigência do segundo contrato de trabalho.

Como conseqüência da decisão do STF, a Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST no dia 14 de janeiro de 2007 posicionou-se no sentido de que se o empregado continua trabalhando após sua aposentadoria tem direito ao pagamento da multa de 40% sobre o total dos depósitos na conta do FGTS, após dispensa sem justa causa.

Tema plausível de indagação é o referente à aposentadoria e ao FGTS. Se a aposentadoria não extingue mais o contrato de trabalho, não será mais possível o resgate do FGTS pelo empregado? Qual a verdadeira função deste Fundo de Garantia por Tempo de Serviço?

A multa de 40% perde a razão de existir caso o empregado já esteja aposentado. Sua finalidade, a princípio protetora das necessidades que possa ter o empregado despedido sem justa causa, é desvirtuada.

O fato é que a aposentadoria (por idade, tempo de contribuição e especial), uma vez requerida pelo próprio empregado (espontânea), extingue o contrato de trabalho. Caso o empregado queira manter o vínculo empregatício, não poderá requerer a aposentadoria, ainda que já tenha preenchido os requisitos legais à sua obtenção. Para tanto, são utilizados os argumentos abaixo aduzidos:

1) Embora a aposentadoria e o contrato de trabalho sejam regidos por institutos autônomos, a aposentadoria pressupõe momento posterior ao contrato de trabalho, representando o descanso remunerado daquele indivíduo que ao longo de muitos anos contribuiu para o desenvolvimento da economia.

2) A cessação do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea deve ser vista positivamente num País em que o desemprego é alarmante. Assim considerada, ocasionará maior rotatividade no mercado de trabalho, e o idoso, que já colaborou durante tantos anos para a economia, poderá finalmente descansar. CESARINO JÚNIOR e MARLY CARDONE apresentam a necessidade sócio-econômica de extinguir o contrato de trabalho através da aposentadoria espontânea:

> No Brasil há acentuada carência de geração de empregos na última década diante da demanda de novos trabalhadores que ingressaram no mercado de trabalho. Em razão disto, não se pode afirmar que existia política de estímulo à permanência no emprego ou retorno a outro emprego, implementada de forma consciente pelo Poder Público, por meio das leis previdenciais

> e trabalhistas. Seria uma medida contrária à realidade sócio-econômica, portanto, contra os interesses da sociedade.[160]

Existe, por certo, um momento na vida em que o trabalhador fica diante do risco social (idade avançada; desgaste presumido após muitos anos de contribuição), seja pela falta de condições físicas ou emocionais. O descanso é necessário.

3) O empregado estará protegido até que se aposente, pois o empregador dificilmente encerrará seu contrato de trabalho antes da concessão da aposentadoria, pois terá ciência de que não precisará pagar multa rescisória caso seu empregado se aposente.

4) Com a idade avançada, muitas vezes o empregado tem redução na sua produtividade e o empregador não terá outra escolha senão despedi-lo sem justa causa, mediante pagamento da multa rescisória. Desta forma, o empregador poderá ter empregado com 75(setenta e cinco), 80(oitenta) anos de idade e a única maneira de encerrar o contrato de trabalho sem o pagamento de 40% sobre o FGTS será com a morte deste. Esse entendimento não é plausível.

5) Após a aposentadoria, o empregado acaba deixando de lado o espírito de competitividade e melhor desempenho no emprego. Ele está aposentado e se sente como tal. Na maioria das situações, o empregado fica descontente com a continuidade do vínculo empregatício. Extinguindo o

---

[160] CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito social...**, v. I, p. 251-252.

contrato de trabalho com a aposentadoria espontânea, o empregador terá a opção de restabelecer ou não o vínculo existente até então.

6) A finalidade da multa sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é a proteção do trabalhador, caso este seja dispensado sem justa causa. Esta multa não tem razão de existir no caso da aposentadoria voluntária, requerida pelo próprio empregado.

7) O aposentado não passará necessidade, já que a aposentadoria concedida pela previdência social garante a preservação do mínimo vital, embora não promova a manutenção do padrão de vida. É preciso destacar, novamente, que o benefício recebido a título de aposentadoria substitui o salário. Presume-se que o empregado não continuará trabalhando, pois dispõe de meios suficientes para uma sobrevivência digna.

8) No plano constitucional, empregado e aposentado possuem significados diferentes, não podendo ser confundidos. Tal conclusão é extraída do artigo 194, parágrafo único, da Carta Constitucional de 1988, ao trazer o princípio do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Como se denota, empregado e aposentado são colocados como expressões distintas, confirmando a tese de que a aposentadoria extingue o contrato de trabalho.

9) O trabalhador não é obrigado a se aposentar. Só o faz se quiser. Trata-se de ato volitivo, que implica no pedido de demissão. O requerimento da aposentadoria representa o aviso prévio e a sua concessão pela previdência, a extinção do vínculo contratual.

10) Como último argumento, menciona-se que embora a relação jurídica previdenciária seja distinta da relação jurídica trabalhista, estas áreas do Direito acarretam reflexo direto uma da outra quando da concessão de alguns benefícios previdenciários. Tal fato é explicado até mesmo porque o Direito é uno, dividido apenas para fins didáticos. Uma vez estabelecida a relação jurídica de trabalho, é estabelecida também a relação jurídica previdenciária. Ora, finda a relação jurídica previdenciária, finalizada estará também a relação jurídica trabalhista. Assim, o recebimento da aposentadoria espontânea em âmbito previdenciário, acarreta a extinção do vínculo empregatício na seara do Direito do Trabalho.

Dentro ainda do questionamento referente à extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea, GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA destaca outro argumento para que o contrato seja considerado extinto:

> Deve-se apenas observar certa hipótese particular, ou seja, quando se está tratando de complementação de aposentadoria. Nesse caso específico, certamente depois da concessão do benefício previdenciário, não se verifica a continuidade da prestação de serviços para a empresa, tanto que o ex-empregado passa a ter direito ao complemento, justamente para a manutenção do valor recebido quando na ativa[161].

Feitas as ponderações necessárias, importa ainda destacar que vem surgindo uma figura inusitada no que tange ao tema aposentadoria: é a desaposentação.

---

[161] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Aposentadoria e contrato de trabalho: atualidades e reflexos decorrentes da jurisprudência do STF. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre/Rs: Notadez, Ano 23, n. 275, novembro de 2006, p. 9.

Vislumbra-se a hipótese de desaposentação quando o segurado, já aposentado, desiste da mesma, certamente para requerê-la novamente, em situação mais benéfica.

Mas, como o Direito traz sérias discussões acerca da extinção ou não do contrato de trabalho a partir da aposentadoria espontânea, agora a dúvida recai sobre qual a conseqüência da desaposentação sobre o contrato de trabalho. Melhor explicando: imagine-se a situação do empregado que, ao requerer sua aposentadoria espontânea, teve seu vínculo de trabalho cessado pelo empregador sob a justificativa de que o contrato de trabalho encerra o vínculo empregatício. Agora, considere-se que num segundo momento esse mesmo empregado decida se desaposentar. Tem ele direito a retornar ao seu antigo emprego, já que seu vínculo só cessou em decorrência de aposentadoria que não mais existe? Os efeitos da desaposentação retroagem atingindo situações pretéritas?

Para FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM:

> [...] se há divergência sobre os efeitos da aposentadoria sobre a relação de emprego, a mesma não existirá na hipótese de desaposentação. Estando o segurado exercendo suas atividades, na mesma ou em outra empresa, distinta da época de início do pagamento do benefício, em nada alterará a relação contratual.
>
> A desaposentação somente irá desfazer os efeitos do ato realizado no passado, mas somente com efeitos *ex-nunc*, sem a retroação máxima alegada por alguns, e, em regra, sem devolução dos valores já recebidos.[162]

[162] IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**. Niterói/RJ: Impetus, 2005. (Série Novos Direitos), p. 70.

Esta é a orientação doutrinária que deve ser adotada no caso em questão, sob pena de causar extrema insegurança jurídica com relação ao empregador, que teria que receber novamente o antigo empregado, agora desaposentado.

Portanto, a desaposentação não é capaz de restabelecer o vínculo empregatício desfeito com a aposentadoria espontânea.

É ainda importante analisar que em se tratando de aposentadoria por idade compulsória (assim considerada aquela requerida pela própria empresa), no caso do empregado contar com 70 (setenta) anos de idade ou mais, se do sexo masculino, ou com 65(sessenta e cinco) anos de idade ou mais, se do sexo feminino (art. 51, Lei 8.213/91) – caberá à empresa pagar ao empregado a indenização trabalhista prevista nos artigos 477 e ss. da CLT (referente ao período em que não foi optante do FGTS), tendo o empregado direito a resgatar o FGTS, acrescido da indenização de 40% sobre este fundo, além do empregador ter que efetuar o pagamento do aviso prévio, 13.º salário e férias proporcionais, equiparando-se à despedida sem justa causa. A baixa na Carteira de Trabalho será efetuada no dia anterior ao do início da aposentadoria.

Nesta situação, não há divergência quanto à cessação ou não do vínculo empregatício, vez que é a própria empresa que requer a aposentadoria, o que demonstra seu interesse na extinção do mesmo.

Para finalizar, precisam ser discutidos os efeitos da aposentadoria na estabilidade. Sob o entendimento de que a aposentadoria extingue o contrato de trabalho, como ficaria a situação do empregado que detém estabilidade na empresa? Cessaria o direito à estabilidade?

Para os defensores da extinção automática do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea, com certeza há o entendimento de que com a cessação do contrato, cessa o direito à estabilidade, vez que esta não tem mais razão de existir.

Em que pese este posicionamento contrário, ocorrendo a dispensa de empregado estável, este terá direito a ser readmitido no emprego, com todas as vantagens auferidas à sua categoria durante o período em que se manteve afastado. Isto porque a extinção do contrato de trabalho com a aposentadoria terá seus efeitos suspensos até que cesse o direito à estabilidade.

A Súmula 219 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “para a indenização devida a empregado que tinha direito a ser readmitido, e não foi, levam-se em conta as vantagens advindas à sua categoria no período de afastamento”.

Desta forma, o empregado deverá reivindicar o restabelecimento no emprego durante o período de estabilidade, bem como todas as vantagens auferidas pela sua categoria durante o período de afastamento. Cessada a estabilidade, encerra também o contrato de trabalho, podendo o empregador, caso queira, efetuar novo contrato laboral.

6.3 Os benefícios por incapacidade e seus efeitos no contrato de trabalho

Os benefícios previdenciários concedidos em virtude de incapacidade protegem os seguintes riscos sociais:

a) risco invalidez;

b) risco doença.

Estes riscos são apresentados em virtude de acidente[163] ou de doença comum[164], capazes de levar o segurado à incapacidade laborativa temporária ou definitiva.

Dentre os benefícios que protegem a incapacidade laborativa, encontram-se a aposentadoria por invalidez comum e acidentária e o auxílio-doença comum e acidentário.

O auxílio-acidente também representa benefício por incapacidade, embora seja devido não pela falta de capacidade laborativa, mas em virtude da redução desta.

[163] Não há necessidade de ser acidente de trabalho.
[164] Doença não ocasionada por acidente de qualquer natureza ou causa.

6.3.1 Aposentadoria por invalidez, invalidez sem aposentadoria e seus efeitos no contrato de trabalho

6.3.1.1 Origem

A aposentadoria por invalidez tem previsão legal desde 1923, com a Lei Eloy Chaves (Lei n. 4.682), que assegurava em seu artigo 13 que esta aposentadoria seria concedida ao segurado com 10(dez) anos de serviço, desde que constatada a invalidez. Para invalidez decorrente de acidente de trabalho, não havia a exigência de carência, nos termos do artigo 15 do referido diploma legal.

Na seqüência, a Constituição de 1934 estabeleceu na alínea *h* do artigo 121 que a previdência cobriria eventos de invalidez.

A Constituição de 1937, no artigo 137, *m*, assegurou a instituição de seguros de invalidez.

Em 1946, a Constituição previu no artigo 157, XVI a previdência para combater as conseqüências da invalidez.

A Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS (Lei 3.807/60) em seu artigo 27 estabelecia que “a aposentadoria por invalidez será concedida ao segurado que, após haver percebido auxílio-doença pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, continuar incapaz para o seu trabalho e não estiver habilitado para o exercício de outro, compatível com as suas aptidões”.

Também acerca da aposentadoria por invalidez, a Constituição de 1967 fez menção a esta no artigo 158, inciso XVI.

Finalmente, a Carta Constitucional de 1988 elencou no artigo 201, inciso I, a invalidez como risco social merecedor de proteção. Esta proteção veio disciplinada de forma clara através da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, nos artigos 42 a 47.

6.3.1.2 Conceito de invalidez

O conceito de invalidez está relacionado ao de incapacidade laborativa, que é classificada como:

a) Incapacidade absoluta e temporal;

b) Incapacidade parcial e permanente;

c) Incapacidade parcial e temporal;

d) Incapacidade absoluta e permanente.

Seguindo esta classificação, o empregado pode sofrer uma incapacidade absoluta e temporal, havendo prognóstico de cura; incapacidade parcial e permanente, ocasionada pela perda orgânica em caráter irreversível, mas que não impossibilite a execução de atividade laborativa pelo empregado; incapacidade parcial e temporal, que significa além da incapacidade temporal da pessoa, com perspectiva de cura, sua parcialidade, não atingindo todas as atividades que realiza; e, incapacidade total e permanente, em que o indivíduo não pode exercer sua atividade laborativa, nem tampouco realizar suas atividades da vida diária.

Invalidez, no Direito Brasileiro, tem significado equivalente ao de "incapacidade laborativa total", assim entendida a incapacidade absoluta e permanente. Deve ter origem em uma doença comum ou acidentária, que altere a capacidade de trabalho do segurado, a tal ponto que o impeça de exercer a atividade laborativa.

Nesta seara, a invalidez representa incapacidade laborativa definitiva e absoluta, o que a distingue sobremaneira do benefício auxílio-doença. Enquanto no auxílio-doença existe incapacidade laborativa provisória, na aposentadoria por invalidez constata-se o caráter permanente no que se refere à esta incapacidade.

PAUL DURAND anota que:

> La invalidez consiste en la incapacidad del individuo para obtener una remuneración suficiente, de acuerdo con su edad y sus aptitudes, y habida cuenta de la situación del mercado de trabajo: se trata de una incapacidad general para obter ingresos[165].

Em regra, o benefício aposentadoria por invalidez é precedido do benefício auxílio-doença, embora não haja essa exigência. O correto é que, se de início já ficar constatada a incapacidade total e definitiva para o trabalho, deverá ser concedida a aposentadoria por invalidez.

Assim, preocupa-se a previdência social em proteger a incapacidade para o trabalho no manto do benefício previdenciário denominado aposentadoria por invalidez.

---

[165] DURAND, Paul. **Op. Cit.;** p. 252.

Ao contrário do que se pensa, a invalidez considerada para fins previdenciários não retrata um quadro em que o indivíduo não dispõe de suas faculdades físicas e mentais. Pode até retratar essa situação, mas nela não subsiste.

Na atualidade, tem sido alargado o conceito de invalidez, considerando não apenas a total incapacidade laborativa. Muitas vezes, embora haja alguma capacidade laborativa, o segurado não dispõe de meios para executá-la, até mesmo pela precariedade da sua formação educacional. Por isso, deve ser considerado no caso concreto: o ambiente em que vive o segurado; a idade; o tipo de limitação laborativa; sua capacitação profissional; seu nível de instrução[166].

Além da incapacidade para o trabalho, a aposentadoria por invalidez pressupõe a situação em que o segurado encontra-se insusceptível de reabilitação[167].

---

[166] AÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - Obreiro que em virtude de acidente de trabalho fica inválido para serviços braçais - Incapacidade total configurada diante das circunstâncias - Aposentadoria por invalidez deferida - Termo inicial do benefício deve ser o dia imediatamente posterior ao da cessação do auxílio-doença - Aplicabilidade do artigo 43, caput, da Lei 8.213/91 - A correção monetária deve ser feita pelo INPC até o advento do novo Código Civil, após, utilizar-se-á a taxa SELIC, nos termos do artigo 407 da nova Lei substantiva civil - Recurso voluntário não conhecido por deserção - Sentença reformada em grau de reexame necessário. 1. A incapacidade total e permanente a que se refere a Lei deve ser entendida como a que torna o obreiro incapaz de exercer sua atividade habitual. 2. As circunstâncias do trabalhador, como a idade avançada, a parca escolaridade, e o fato de ter realizado atividades braçais durante toda a vida, exigindo enorme esforço físico, inclinam pela necessidade da concessão da aposentadoria por invalidez se, em decorrência do acidente, não pode mais exercer aquelas atividades a que estava habituado, sob pena de submetê-lo a incerteza de sua reabilitação para o exercício de atividade laborativa diversa da atual. (TAPR - RN-AC 0242604-2 - Ac. 4375 - 9ª C.Cív. - Rel. Juiz Luiz Sergio Neiva de Lima Vieira - J. 10.02.2004 - DJPR 05.03.2004).

[167] Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

Parágrafo único. A reabilitação profissional compreende:

6.3.1.3 Requisitos para a concessão

A Convenção n. 102, de 1952, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho, previu em seu artigo 54 o seguro-invalidez, a ser concedido ao segurado que estiver “inapto para exercer uma atividade profissional, no grau prescrito, quando provável que esta inaptidão seja permanente ou quando a mesma subsiste depois de cessar as prestações monetárias de enfermidades”.

A legislação previdenciária nacional destaca que para a concessão da aposentadoria por invalidez, é necessário que haja uma incapacidade total e permanente para o trabalho, não sendo o trabalhador susceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição, conforme estabelece o artigo 42, *caput*, da Lei 8.213/91.

A constatação da invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da previdência social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança (§1.º do art. 42 da Lei 8.213/91).

---

a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;
b) a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;
c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.

Esta condição de incapacidade deverá se valer de dados objetivos, sob pena de desvirtuamento da intenção protetiva do legislador. Posta a incapacidade total e permanente do segurado e preenchida a carência (se houver), terá que ser concedido o benefício.

A invalidez do segurado pode ser decorrente de acidente de qualquer natureza ou causa ou de doença profissional ou do trabalho, sendo então denominada invalidez acidentária, ou decorrente de doença comum, conhecida como invalidez comum.

Sendo acidentária, é preciso que haja nexo causal entre o mal e o evento, salientando-se que a mesma independe de carência. Em se tratando de invalidez ocasionada por doença comum, há a necessidade de cumprir a carência de 12 (doze) contribuições mensais, exceto nas hipóteses do artigo 151 da Lei 8.213/91[168].

Tratando especificamente do empregado, objeto deste estudo, o artigo 43, §1.º, alínea *a*, da Lei 8.213/91 estabelece que concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida ao segurado empregado, a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do

---

[168] Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do Art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.
A Portaria MPAS/MS n. 2.998, de 23.08.01 praticamente repetiu o teor do artigo 151 da Lei 8.213/91, incluindo a hepatopatia grave no rol de doenças que não exigem o cumprimento de carência.

requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrem mais de trinta dias.

Desde o momento em que é constatada a existência de incapacidade total e permanente para o trabalho, já tem direito o empregado de receber o benefício, independentemente de ser precedido de auxílio-doença (por não ser o caso).

Observe-se que a legislação previdenciária não ampara a doença pré-existente, salvo se houver progressão ou agravamento da doença após a filiação do segurado ao Regime Geral da Previdência Social, nos termos do §2.º do artigo 42 da Lei 8.213/91[169].

Além de não ser admitida a doença pré-existente, a invalidez não pode ser provocada, ou seja, deve ter o caráter involuntário. Nesse sentido, ao tratar da aposentadoria destaca M.ª DEL CARMEN ORTIZ LALLANA que "quiere ello decir que la causa que nos ocupa reviste un carácter puramente involuntario, ajeno a la determinación volitiva de las partes y, en conrecto, del trabajador, quien no provocando la invalidez, nada puede hacer tampoco para evitarla en el momento de su incidencia"[170].

---

[169] Art. 42.
§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

[170] LALLANA, M.ª Del Carmen Ortiz. **Op. cit.;** p. 374.

6.3.1.4 Efeitos do recebimento da aposentadoria por invalidez no contrato de trabalho

Conforme mencionado no subitem 6.1, o contrato de trabalho pressupõe a continuidade da prestação de serviço pelo empregado.

Atente-se, porém, que o contrato poderá sofrer determinada paralisação em virtude da descontinuidade da prestação do trabalho pelo empregado, por motivo amparado pela lei ou pelo contrato pactuado entre as partes.

Nesta ótica, resta claro que não pode o empregador exigir do empregado que este, em situação de incapacidade laborativa, continue desenvolvendo suas atividades normalmente. Em conseqüência, a incapacidade laborativa acarretará reflexos diretos no contrato de trabalho, pois o segurado empregado fica incapacitado para exercer a atividade anteriormente desenvolvida, não sendo suscetível de reabilitação. Assim, não poderá mais exercer o cargo que antes ocupava em determinada empresa enquanto durar a incapacidade laborativa.

Quanto aos efeitos do recebimento da aposentadoria por invalidez no contrato de trabalho, questiona-se a respeito da suspensão ou interrupção deste ao longo desse período.

Certo é que não se pode falar em cessação do contrato de trabalho. Não há a vontade do empregado em rescindir o contrato como ocorre na aposentadoria voluntária. Existe tão-somente a impossibilidade de exercê-lo em decorrência da incapacidade total e permanente para o trabalho. O pacto

laborativo não pode ser desfeito ante a incapacidade ocasionada de forma natural ou acidentária.

Preceitua o artigo 475 da Consolidação das Leis do Trabalho que:

> Art. 475. O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de Previdência Social para a efetivação do benefício.
>
> § 1º Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos artigos 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do artigo 497.
>
> § 2º Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato.

O §5.º do artigo 476-A da CLT estabelece que:

> Art. 476-A.
>
> § 5.º Se ocorrer a dispensa do empregado no transcurso do período de suspensão contratual ou nos três meses subseqüentes ao seu retorno ao trabalho, o empregador pagará ao empregado, além das parcelas indenizatórias previstas na legislação em vigor, multa a ser estabelecida em convenção ou acordo coletivo, sendo de, no mínimo, cem por cento sobre o valor da última remuneração mensal anterior à suspensão do contrato.

Segundo os artigos em comento, a aposentadoria por invalidez acarreta suspensão do contrato de trabalho do empregado. Ocorre, então, a paralisação executiva do contrato durante o período em que o empregado estiver recebendo o benefício previdenciário em virtude de comprovada incapacidade total e permanente para o trabalho. Neste período, o

empregador não tem a obrigação de pagar salário e nem a de computar esse tempo como de trabalho do empregado na empresa.

> APOSENTADORIA PROVISÓRIA - INVALIDEZ - SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - Inexiste atualmente, no direito positivo, a aposentadoria definitiva por invalidez, posto que pode ser cancelada a qualquer momento, caso readquirida a capacidade laborativa do empregado. Neste período, verifica-se a suspensão da prestação de serviços, não havendo pagamento de salários nem contagem do período de afastamento como tempo de serviço para os efeitos legais. (TRT3ª R - 00573-2004-052-03-00-8 RO - 3ª T - Rel. Juiz Fernando A. Viegas Peixoto - DJMG 13.11.2004)
>
> Aposentadoria por invalidez é causa de suspensão do contrato de trabalho, consoante norma expressa inscrita no artigo 475, da CLT. No período, desobriga-se o empregador de parcelas decorrentes do contrato de trabalho, pois inerente à modalidade de suspensão do pacto laboral aqui inserindo-se as férias com 1/3. Ainda sob as regras do dito dispositivo legal e levando-se em conta os termos dos arts. 42/47, da Lei n. 8213/91, sujeita o empregado, nessa condição, a avaliações periódicas pelo órgão previdenciário. Caso seja reabilitado no prazo de 5 anos, total ou parcialmente, reinicia sua prestação laboral, na mesma função ou em outra compatível, respectivamente. Inegável, pois, a manutenção do contrato de trabalho no período e, consequentemente, indevidas as férias aqui postuladas, tomando-se em conta, no mais, os termos do artigo 133, inciso IV, da CLT. (TRT 2ª Reg.02673200206902004 – Ac. 3ª T. 20030557067 – Relª Juíza Mercia Tomazinho. DJSP 4.11.03, pág.99).

CARMEN ORTIZ LALLANA considera o acidente de trabalho e a enfermidade como situações de suspensão contratual por impossibilidade física:

> [...] los supuestos de incapacidad temporal [...] no constituyen supuestos ínterruptivos; antes bien son causas de suspensión del contrato de trabajo, en las que, ante la imposibilidad psico-física del trabajador de cumplir la prestación objeto del contrato, la normativa legal pone en marcha el mecanismo de

> exoneración de la otra parte contractual, ya sea desplazando el riesgo de la prestación de éste a la Seguridad Social, ya afirmando su liberación de cumplir[171].

A título exemplificativo, Ley Orgánica del Trabajo da República da Venezuela[172], de 19 de junho de 1997, estabelece no artigo 93 que "la suspensión de la relación de trabajo no pondrá fin a la vinculación jurídica existente entre el patrono y el trabajador", considerando dentre as causas de suspensão:

> Artículo 94. Serán causas de suspensión:
>
> a) El accidente o enfermedad profesional que inhabilite al trabajador para la prestación del servicio durante un período que no exceda de doce (12) meses, aun cuando del accidente o enfermedad se derive una incapacidad parcial y permanente;
>
> b) La enfermedad no profesional que inhabilite al trabajador para la prestación del servicio durante un período equivalente al establecido en el literal a) de este artículo;
>
> [...]
>
> d) El descanso pre y postnatal;
>
> [...]
>
> Artículo 95. Durante la suspensión, el trabajador no estará obligado a prestar el servicio ni el patrono a pagar el salario.

A qualquer momento, cessada a situação de incapacidade, os efeitos do contrato de trabalho voltam a seguir seu transcurso normal, tendo o empregado não só direito a retornar à função que antes exercia, como

---

[171] LALLANA, M.ª Del Carmen Ortiz. **Op. cit.;** p. 339.

[172] Ley Orgánica del Trabajo – Legislación Venezuela. Disponível em: http://www.tsj.gov.ve/legislacion/lot.html

também a todas as vantagens auferidas pela categoria durante o período em que esteve ausente.

Este fato se explica pelo caráter provisório deste benefício previdenciário, não mais se tornando definitivo após o transcurso de cinco anos, ao contrário do que dispunha a ultrapassada Súmula 217 do Supremo Tribunal Federal, de 11 de julho de 1963[173] e o §3.º do artigo 4.º da Lei 3.332[174], de 26 de janeiro de 1957. Sob a ótica destas leis, completando cinco anos sem que houvesse recuperação, a aposentadoria seria definitiva, não tendo direito o empregado nem ao retorno, nem à indenização. Ao revés, se dentro desse período o empregado ficasse curado, duas possibilidades: a) retorno ao emprego; ou b) recebimento das indenizações legais.

O §6.º do artigo 27 da Lei n. 3.807/60, por sua vez, estabelecia que a partir dos cinqüenta e cinco anos de idade, o segurado empregado ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional. Com este dispositivo, restava a interpretação de que após a idade de cinqüenta e cinco anos, a aposentadoria por invalidez tornava-se definitiva.

---

[173] Súmula 217, STF. Tem direito de retornar ao emprego, ou a ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

[174] Art. 4 º O direito à aposentadoria por invalidez continuará a reger-se quanto à forma e aos requisitos exigidos para a concessão e suspensão desses benefícios pelas disposições do Decreto n. 54.615, de 9 de julho de 1934, e legislação posterior, observado, porém, quanto à suspensão do benefício o disposto no Parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º A cessação do auxílio pecuniário ou da aposentadoria por invalidez antes do decurso do qüinqüênio que a transformará em aposentadoria definitiva, autoriza, o segurado a pedir reconsideração ou a recorrer do ato que mantenha a cessação do benefício.

Na seqüência, o antigo Prejulgado n. 37 do Tribunal Superior do Trabalho, de 21 de setembro de 1971, dispôs que “cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei”.

Em 1973, o §7.º do artigo 6.º da Lei 5.890/73 estabelecia que o segurado, a partir dos cinqüenta e cinco anos de idade, ficava dispensado dos exames para fins de verificação de incapacidade e dos tratamentos e processos de reabilitação profissional.

Na data de 11 de outubro de 1982, é publicada no Diário da Justiça da União, a Resolução Administrativa n. 102/82 do Tribunal Superior do Trabalho, que transformou o Prejulgado 37 na Súmula 160.

Hodiernamente, aplica-se a Súmula 160 do TST, que determina que cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei.

Observe-se que a redação original do artigo 101 da Lei 8.213/91 estabelecia que “o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença e o pensionista inválido, enquanto não completarem 55 (cinqüenta e cinco) anos de idade, estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue que são facultativos”. Essa redação foi modificada com a Lei 9.032, de 28 de abril de 1995, que retirou de vez o caráter definitivo da aposentadoria por invalidez. Assim, independentemente da idade, o segurado

em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue que são facultativos.

Nesta seara, fica comprovada a intenção da legislação em estabelecer a provisoriedade do benefício aposentadoria por invalidez.

Desta feita, em se tratando de aposentadoria por invalidez, embora não seja o segurado susceptível de cura, essa pode ocorrer. Nas palavras de DANIEL PULINO, "apesar de indeterminada, a situação de invalidez, a conseqüente relação jurídica não pode ser entendida, em nosso direito, como imutável, definitiva"[175].

O caráter provisório da aposentadoria por invalidez dá-se em virtude do avanço da medicina, capaz de promover novas técnicas, métodos ou fórmulas para a recuperação do segurado.

MATTIA PERSIANI esclarece que a legislação italiana também dispõe acerca da provisoriedade da situação de invalidez:

> L´attribuzione delle prestazioni previste dalla legge n. 222 del 1984 non è definitiva. La legge, infatti, in previsione dell´eventuale reinserimento nella vita produttiva, di una possibile riqualificazione professionale o dell`effetto di cure riabilitative, prende in considerazione l`ipotesi che lo stato di

[175] PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001, p. 196.

> invalidità o quello di inabilità possano subire delle modificazioni nel tempo[176].

A legislação previdenciária brasileira restringe-se a regulamentar a incapacidade laborativa provisória e total (auxílio-doença – arts. 59 a 64 da Lei 8.213/91) e a incapacidade laborativa permanente e total (aposentadoria por invalidez – arts. 42 a 47 da Lei 8.213/91).

Dentro da invalidez permanente, a Lei General de la Seguridad Social – LGSS da Espanha efetua a seguinte classificação (art. 137):

a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual;

b) Incapacidad permanente total para la profession habitual;

c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

d) Gran invalidez.

Dentre estas hipóteses, a grande invalidez e a invalidez permanente pressupõem a extinção do contrato de trabalho e a invalidez considerada transitória (susceptível de cura) acarreta apenas a suspensão contratual, restando exoneradas as obrigações recíprocas de trabalhar e remunerar o trabalho (art. 45.c e art. 49.5 do Estatuto do Trabalhador Espanhol)[177].

Por grande invalidez a legislação espanhola entende que representa a situação do trabalhador afetado por incapacidade absoluta e

---

[176] PERSIANI, Mattia. **Diritto della previdenza sociale**. 5. ed. Padova: Cedam, 1992, pp. 197-198.

[177] Estatuto de los trabajadores. Disponível em: <http://72.14.209.104/search?q=cache:3iWRg1f7VxoJ:www.cgt.es/descargas/EstatutoTrabajadores.pdf+%22Estatuto+de+los+Trabajadores%22&hl=ptBR&ct=clnk&cd=10&gl=br&lr=lang_es>. Acesso em: 01/12/2006.

que, por conseqüência das perdas anatômicas ou funcionais, necessite de assistência de outra pessoa para realizar os atos mais essenciais da vida, tais como vestir-se, deslocar-se, comer ou análogos (art. 137.6 LGSS)[178].

Mesmo sendo o caso de grande invalidez (que dá ensejo à extinção do contrato de trabalho), o artigo 145 da LGSS da Espanha prevê a possibilidade de revisão da aposentadoria por invalidez, contanto que o beneficiário não tenha cumprido a idade para a aposentadoria por idade. A par desta consideração, observa-se que tanto a legislação espanhola, como a brasileira, dão à aposentadoria por invalidez o caráter provisório, ficando a provisoriedade restrita à idade do beneficiário na legislação espanhola, vez que se o mesmo já tiver idade para se aposentar, não poderá mais ser revista. Esta idade limite para tornar a aposentadoria por invalidez definitiva foi extinta no nosso ordenamento jurídico, conforme dispunha a citada Lei 5.890/73 e a redação original do artigo 101 da Lei 8.213/91, antes do advento da Lei 9.032/95.

JOSÉ M. ALMANSA PASTOR, ao comentar a legislação espanhola observa que:

> La declaración de invalidez provisional o permanente, así como la clasificación de los grados de ésta, no puede entenderse inmutable. El desarrollo de la invalidez, por el contrario, puede requerir la *revisión* de su calificación, bien por agravación o mejoría, o bien porque se descubra erro de diagnóstico en la base de su declaración (S. T .S. 23 de febrero de 1990)[179].

---

[178] Lei General de la Seguridad Social - LGSS. Disponível em: http://www.gobiernodecanarias.org/educacion/Usr/Apdorta/ley/v0000153.htm

[179] PASTOR, Jose Manuel Almansa. **Op. cit.;** p. 429.

PAUL DURAND segue o mesmo raciocínio ao considerar que “la pensión de invalidez se concede siempre a título temporal. Su pago puede ser suspendido, en todo o en parte, en caso de que se reanude el trabajo”[180], citando que a legislação francesa adota este entendimento.

ALFREDO MONTOYA MELGAR destaca que “cuando el inválido recupera en todo o en parte su capacidad, y su situación es revisada consiguientemente por la Seguridad Social, este cambio en la calificación de la incapacidad del trabajador genera el derecho a la readmisión del trabajador afectado” e nos explica que se tiver sido extinto o contrato de trabalho pela aposentadoria por invalidez (incapacidade permanente e total e grande invalidez), caso haja a recuperação profissional, o trabalhador tem preferência absoluta para sua admissão na última empresa em que trabalhou, na primeira vaga surgida na sua categoria ou grupo profissional, de acordo com o artigo 2.1 da RD 1.451/1983.[181] Plausível este entendimento, embora dificilmente terá aplicabilidade na legislação brasileira, mormente diante da falta de investimento no processo de reabilitação do segurado. O certo é dar à aposentadoria por invalidez o caráter definitivo (e não provisório) em situações aparentemente irreversíveis.

Considerando a provisoriedade da aposentadoria por invalidez, ALBERTO JOSÉ CARRO IGELMO observa a problemática existente na legislação espanhola:

---

[180] DURAND, Paul. **Op. Cit.;** p. 253.

[181] MELGAR, Alfredo Montoya. **Op. Cit.;** p. 450.

> Un tema que plantea una interesante y grave problemática, es el del que, a consecuencia de expediente, la Seguridad Social proceda a revisar la situación de invalidez decretada. El contrato habrá quedado extinguido en su día, y la empresa posiblemente procedió a cubrir la vacante producida. Chocan dos intereses, el del trabajador, a ocupar su puesto de trabajo, y el de la empresa a no sufrir quebranto económico con la incorporación[182].

É importante frisar que a legislação brasileira não excepciona nesse sentido, ou seja, não dispõe sobre a possibilidade de extinção do contrato de trabalho face a aposentadoria por invalidez, colocando o recebimento da aposentadoria por invalidez apenas como causa suspensiva do contrato de trabalho.

Ressalte-se que a suspensão contratual em virtude de aposentadoria por invalidez ocorre quando a incapacidade surge após a celebração do contrato, como mencionado no subitem anterior (6.3.1.3). Nas palavras de M.ª DEL CARMEN ORTIZ LALLANA "la incapacidad del trabajador interesa aquí, fundamentalmente, como evento sobrevenido, posterior a la celebración del contrato que impide de forma definitiva la prestación objeto del mismo"[183]. A legislação previdenciária não admite doença pré-existente, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento desta doença ou lesão.

O artigo 46 da Lei 8.213/91, por sua vez, estabelece que o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno. Caso

---

[182] IGELMO, Alberto Jose Carro. **Curso de derecho del trabajo...**, p. 456.
[183] LALLANA, M.ª Del Carmen Ortiz. **Op. cit.;** p. 327.

este retorno não seja voluntário, ou melhor, seja decorrente de perícia médica que constatou a cessação da invalidez, a aposentadoria poderá ou não cessar imediatamente. Daí dizer-se que “os efeitos desse cancelamento, frente ao empregador, variam conforme: a) o grau e a natureza da recuperação da capacidade de trabalho; b) o tempo em que o segurado permaneceu incapaz”.[184]

Assim, recuperada a capacidade laborativa do empregado, este deve retornar ao seu emprego, cessando imediatamente a aposentadoria por invalidez, caso a recuperação seja total ou, ainda que parcial, dentro de cinco anos; ou regressivamente até a sua extinção, caso a recuperação, ainda que total, ocorra após cinco anos. Neste último caso, o empregado receberá a remuneração do empregador conjuntamente com o benefício aposentadoria por invalidez, que será cessada após dezoito meses.

Opera-se aqui hipótese excepcional em que o empregado volta a trabalhar, sem que cesse a aposentadoria por invalidez de forma automática. A própria legislação previdenciária admite essa possibilidade, transcrita no artigo 47, inciso II da Lei 8.213/91[185].

---

[184] SÜSSEKIND, Arnaldo et.al. **Instituições de Direito do Trabalho...**, v. I, p. 509.

[185] Art. 47. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez, será observado o seguinte procedimento:

II – quando a recuperação for parcial, ou ocorrer após o período do inciso I, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade:

a) no seu valor integral, durante 6 (seis) meses contados da data em que for verificada a recuperação da capacidade;

b) com redução de 50% (cinqüenta por cento), no período seguinte de 6 (seis) meses;

c) com redução de 75% (setenta e cinco por cento), também por igual período de 6(seis) meses, ao término do qual cessará definitivamente.

d)

DANIEL PULINO destaca que “não há nenhum impedimento legal proibindo a acumulação dos pagamentos graduais feitos no período acima indicado de 18 (dezoito) meses – pagamentos que recebem administrativamente o nome de ‘mensalidades de recuperação’ – com o salário ou remuneração do segurado e nem mesmo com outros benefícios previdenciários”[186].

A provisoriedade da aposentadoria por invalidez, bem como o motivo que deu ensejo a ela, justificam o fato do empregador ter que receber novamente o empregado no seu estabelecimento. Resta claro, no entanto, que o empregador contratará outro empregado para suprir a ausência temporária daquele que está em gozo do benefício previdenciário denominado aposentadoria por invalidez. Este deverá estar ciente de que o empregado aposentado por invalidez poderá voltar à atividade a qualquer momento, se verificada sua recuperação para a atividade laborativa.

Desta feita, o empregado que estava em gozo do benefício previdenciário “aposentadoria por invalidez”, tem direito a retornar ao seu emprego e a mesma atividade que lá desenvolvia, sendo-lhe garantidas todas as vantagens que foram conferidas na sua ausência.

Em se tratando de cancelamento de aposentadoria por invalidez pode se questionar se o empregador é obrigado a receber o empregado para o exercício de função diversa da que anteriormente exercia. A Consolidação das Leis do Trabalho estabelece no artigo 468, *caput*, que:

---

[186] PULINO, Daniel. **Op. cit.;** p. 209.

> Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

A respeito deste artigo CÉSAR MACHADO JÚNIOR entende que "o empregador poderá recusar o regresso do empregado em funções não compatíveis com as anteriormente exercidas. Ou seja, para ensejar o seu retorno às funções anteriores, a recuperação do empregado deve ser total e não apenas parcial".[187]

Não é esse, verdadeiramente, o sentido da proteção contratual do aposentado por invalidez. O entendimento que deve prevalecer é o de que mesmo que a recuperação seja parcial, o empregado deve ser restabelecido no seu emprego. Caso o empregador não receba o empregado, deverá indenizar este em virtude da rescisão contratual (nos termos dos artigos 477 e 478, CLT) ou indenizá-lo em dobro, se o mesmo for estável (art.497, CLT).

Em complementação, a Súmula 220 também do Supremo Tribunal Federal determina que "a indenização devida a empregado estável, que não é readmitido, ao cessar sua aposentadoria, deve ser paga em dobro".

Ainda que a aposentadoria seja cancelada, terá o empregado direito a retornar ao emprego. Caso não seja readmitido, restará ao empregador indenizá-lo.

Confirmando esse entendimento, a jurisprudência segue a mesma linha:

---

[187] MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **Op. cit.;** p. 223.

> APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO. PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. Suspenso o contrato de trabalho, não é cabível a rescisão e nenhum ato de supressão de direito pode ser praticado pelo empregador, salvo quanto àqueles cujo exercício esteja temporariamente prejudicado pela própria suspensão, como é o caso do direito a salários, por exemplo. (TRT4ª R. - RO 00465200500104008 - 4ª T. - Rel. Juiz Ricardo Tavares Gehling - DJU 30.05.2006)
>
> APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - INDEVIDAS VERBAS RESCISÓRIAS E MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT - A aposentadoria por invalidez, ao contrário do que declarou a sentença, não rescinde, mas apenas suspende o contrato de trabalho, conforme reza o art. 475, *caput*, da CLT. Não se operou a rescisão contratual que justifique o pagamento das verbas rescisórias ou da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. Isto porque a aposentadoria por invalidez pode ser cancelada a qualquer tempo, caso o obreiro-readquira capacidade laborativa, adquirindo o direito de retornar à sua antiga função. Apenas, nesta hipótese, conforme reza o § 1º do art. 475 da CLT, seria facultado à reclamada rescindir o contrato de trabalho (Enunciado nº 160 do TST). (TRT9ª R. - RO 10339/2002 - Ac. 03652/2003 - 4ª T - Rel. Juiz Sergio Murilo Rodrigues Lemos - DJPR 07.03.2003).
>
> APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – VERBAS RESCISÓRIAS – Em sendo a aposentadoria por invalidez causa de suspensão do contrato de trabalho “durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para efetivação do benefício”, nos termos do art.475 da CLT, e, constando do seu parágrafo primeiro, na hipótese de ser recuperada a capacidade de trabalho, o direito do empregado ao retorno ao posto anteriormente ocupado ao tempo da aposentadoria, “facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos artigos 477 e 478”, excetuada a hipótese de empregado estável, não faz jus o obreiro ao pagamento de verbas rescisórias. (TRT, 9ª Reg. Proc. 10351-2002-010-09-00-7 – Ac. 22660/03 – Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther. DJPR 10.10.03, pág.484).

Na letra da Súmula 32 do TST, configura abandono de emprego se o empregado não retornar ao serviço no prazo de 30(trinta) dias após a

cessação do benefício previdenciário, nem justificar o motivo de não o fazer. Nesta hipótese, o contrato de trabalho é extinto por justa causa praticada pelo empregado.

No entanto, retornando à atividade após alta concedida pelo INSS ou de forma voluntária, o empregador deverá receber o empregado. Claro que ao empregador restará a possibilidade de dispensar o empregado sem justa causa, ou por justa causa, se este for o caso.

Crítica é estabelecida em relação a isso, pois o empregador, a qualquer momento, mesmo que transcorridos muitos anos, terá que receber seu empregado de volta, tendo a faculdade de não recebê-lo e indenizá-lo na forma da lei. O empregador assume, assim, o compromisso de garantir (por prazo indeterminado) ao empregado aposentado por invalidez o retorno à sua atividade.

No entanto, para FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM:

> Isto tem provocado certa celeuma entre empregadores que desejam até mesmo encerrar suas atividades, mas não conseguem pôr fim às mesmas devido a algum empregado aposentado por invalidez, com contrato suspenso e que, em tese, não poderia ser demitido. Absurdamente, o empresário não teria nada a fazer senão esperar a morte do inválido.
>
> [...] se é possível a rescisão do contrato quando há o retorno à atividade, por que não permitir o rompimento contratual, mesmo durante a aposentadoria por invalidez, com o pagamento de todas as verbas? Seria solução adequada, preservando o direito do trabalhador ao recebimento de todos os valores devidos, e encerrando aberrações como a do empresário que não consegue pôr fim à sua empresa. De qualquer forma, o ideal, de *lege ferenda,* seria a aposentação

> por invalidez terminar de imediato o contrato de trabalho[188].

Entrementes, é preciso prestar atenção no que aconteceria ao empregado - posto nesta situação como hipossuficiente - se não houvesse essa proteção conferida pelo legislador de suspensão do contrato de trabalho, em decorrência da aposentadoria por invalidez: após muitos anos recebendo o benefício previdenciário aposentadoria por invalidez, sendo considerado apto ao trabalho, deveria voltar a trabalhar, não tendo mais seu antigo emprego garantido. Esse empregado não teria muitas chances no mercado de trabalho, afinal, quem desejaria contratar um empregado há tantos anos considerado incapacitado para o trabalho?

Pensando nisso, a legislação trabalhista e previdenciária, acaba cumprindo sua função social, ao evitar que o segurado empregado sofra discriminação por parte do empregador, garantindo-lhe seu emprego no mercado de trabalho e evitando, conseqüentemente, sua exclusão social.

Mas o problema efetivamente reside na eterna suspensão do contrato de trabalho pela aposentadoria por invalidez (claro que, preenchidos os requisitos legais, o segurado pode requerer a aposentadoria por idade que não lhe exigirá mais perícias periódicas).

ARNALDO SÜSSEKIND inova ao afirmar que não há a possibilidade do contrato ficar suspenso indefinidamente, já que a suspensão tem caráter temporário. Reproduzindo seu pensamento:

> A empresa só estará, portanto, obrigada a readmitir o empregado quando a recuperação da capacidade de trabalho

---

[188] IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário...**, p. 467.

> do aposentado, além de ser total para a função que habitualmente exercia, verificar-se durante a suspensão do contrato de trabalho; isto é, na fluência dos cinco anos em que esteve afastado dos serviços da empresa, usufruindo o benefício previdenciário resultante da sua incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez).
>
> [...] Uma vez cancelada a aposentadoria antes do transcurso de cinco anos de sua concessão, deverá o empregado apresentar-se à empresa dentro do prazo de trinta dias, contados da comunicação recebida da instituição de previdência social.[189]

Na transcrição das palavras de ARNALDO SÜSSEKIND, o prazo de cinco anos (para tornar a aposentadoria por invalidez obrigatória) deve perdurar.

Com o intuito de fortalecer esse entendimento, é preciso citar a seguinte jurisprudência contrária à Súmula 160 do TST:

> SUSPENSÃO - DO CONTRATO - RESCISÃO - A percepção do benefício da aposentadoria por invalidez tem natureza provisória, o que equivale dizer que o contrato de trabalho encontra-se suspenso. Assim, nos moldes dos arts. 475 da CLT e 47 da Lei 8.213/91, a empregadora somente poderá optar por rescindir o contrato de trabalho após o decurso de cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, sendo devido apenas neste momento o pagamento das verbas salariais. (TRT15ª R. - Proc. 999-2004-026-15-00-0 RO - Ac. 20083/05 - 10ª C - Rel. Juiz Elency Pereira Neves - DOESP 06.05.2005).

Realmente é preciso delimitar o período máximo em que a aposentadoria por invalidez terá caráter provisório, passando, na seqüência, ao caráter definitivo. Além disso, se de imediato a perícia do INSS constatar a

---

[189] SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**..., v. I, p. 510-512.

incapacidade total e permanente em caráter irreversível, esta aposentadoria não poderá ter o caráter provisório.

O período máximo da aposentadoria por invalidez provisória deve ser considerado após o empregado completar determinada idade (55 (cinqüenta e cinco) anos), pois ainda que recupere parte da capacidade laborativa após este período, o reingresso no mercado de trabalho seria extremamente dificultoso.

Aventa-se também a possibilidade do médico perito do INSS considerar a aposentadoria por invalidez definitiva:

> APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - A aposentadoria por invalidez não extingue o contrato de trabalho do empregado. Ela é sempre provisória, tanto que o trabalhador tem de fazer exames médicos periódicos. O médico é que irá declarar que a aposentadoria por invalidez é definitiva, quando cessa o contrato de trabalho. Antes de extinguir o contrato de trabalho, a aposentadoria por invalidez provisória implica a suspensão dos efeitos do pacto laboral (art. 475 da CLT). (TRT 2.R. - 00268200337202000-RS - Ac. 20040045280 - 3ª T - Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins - DOESP 02.03.2004)

Não há porque continuar provisório o benefício aposentadoria por invalidez diante de incapacidade evidentemente irreversível. A transformação da aposentadoria em definitiva pelo perito médico do INSS irá amenizar o número de perícias realizadas pela previdência social, reduzindo o dispêndio do regime e trará ao empregador maior tranqüilidade de saber que o contrato de trabalho estará finalmente extinto, podendo ser contratado outro empregado de forma definitiva.

Por certo, existem situações em que a invalidez, desde o princípio, mostra-se irreversível. Considerar o caráter provisório nestas situações,

implica em gastos desnecessários ao INSS, em virtude de perícias injustificadas junto à previdência social. Havendo prognóstico de cura, o contrato deve ser suspenso; não havendo o prognóstico de cura, restará extinto.

Caso o empregador queira fechar seu estabelecimento, poderá fazê-lo ainda que existam contratos suspensos. Havendo estabilidade, a indenização deverá ser paga em dobro. Deve-se compreender que se o empregador chegou ao ponto de querer encerrar suas atividades é porque a empresa não tem mais razão de existir. Certamente o empregador não criou situação proposital. Além do mais, não se pode esquecer que se o empregado por invalidez estivesse em atividade teria seu contrato encerrado da mesma maneira em caso de fechamento do estabelecimento. Ao empregador deve ser garantida a possibilidade de fechar seu estabelecimento e pôr fim aos contratos de trabalho.

Com relação à estabilidade, a jurisprudência segue o entendimento de que mesmo fechando a empresa, esta continua a existir, por se tratar de direito pessoal do empregado:

> ESTABILIDADE. ACIDENTE DE TRABALHO. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES. IRRELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO. O escopo da estabilidade deferida ao empregado que sofreu acidente de trabalho é a proteção do direito ao emprego, de tal forma a lhe garantir a sobrevivência. Assim, o encerramento da atividade da empresa, quer seja total, quer seja parcial, torna-se irrelevante para efeito de reconhecimento da estabilidade, na medida em que se trata de uma garantia pessoal, não tendo o condão de transferir ao empregado o ônus do risco da atividade econômica.(TRT15ª R. - Ac. 37885/00 - Proc. 11147/99 - 2ªT - Rel. Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva - DOESP 03.10.2000).

> ACIDENTE DE TRABALHO – DOENÇA OCUPACIONAL – FECHAMENTO DO ESTABELECIMENTO – GARANTIA DE EMPREGO DEVIDA - A garantia de emprego prevista pela Lei n. 8.213/91 é de natureza pessoal, com o objetivo de tutelar o empregado vítima de acidente do trabalho ou doença ocupacional, bem como forçar o empregador a incrementar as medidas preventivas de segurança e medicina do trabalho. Inaplicável, portanto, o disposto nas Súmulas n. 369 do C. TST, que tratam da ausência da garantia de emprego para o "cipeiro" e dirigentes sindicais na hipótese de fechamento do estabelecimento. Nesses casos, as garantias não são pessoais, mas de um grupo de trabalhadores; cessada a atividade laboral, perde sentido a garantia de emprego que objetivava a proteção daquela coletividade. Assim, o fechamento do estebelecimento não constitui motivo para o empregador se eximir da garantia de emprego, sob pena de se beneficiar quem deu causa ao acidente do trabalho ou à doença ocupacional, sendo devidos os respectivos salários do período. (TRT 15.ª R – Proc. 0256-2004-005-15-00-9- RO – Ac.5681/06 – 6.ªC – Rel. Juiz Samuel Hugo Lima – DOESP 10.02.2006).

Em caso de suspensão contratual com direito à estabilidade após cessar motivo ensejador da suspensão (como ocorre em relação à percepção do auxílio-doença ocasionado por acidente de trabalho, que dá direito à estabilidade de doze meses após a cessação do benefício), o empregador poderá fechar seu estabelecimento, rescindindo o contrato de trabalho suspenso e indenizando (em dobro) o período de estabilidade.

Sendo hipótese de empregado estável, serão aplicadas as mesmas regras determinadas pelas já citadas Súmulas 219 e 220 do Supremo Tribunal Federal, ou seja, o empregado que tiver direito a ser readmitido, e não foi, levam-se em conta as vantagens advindas à sua categoria no período de afastamento (Súmula 219), além de ter direito à indenização paga em dobro (Súmula 220).

Após posicionamento acerca da possibilidade do empregador demitir seu empregado durante a suspensão contratual, aventa-se sobre a hipótese de o empregado pedir demissão neste período.

A respeito, é encontrado o seguinte entendimento:

> O pedido de demissão efetuado durante o período de suspensão do contrato de trabalho, ante a aposentadoria provisória por invalidez é ineficaz. Aplicação dos artigos 475 e 9.º, da CLT (TRT 4.ª R. – 2.ª T. RO 9224/90, 15.08.91, Rel. Juiz Adão Eduardo Häggstran).

Segue que a proposta apresentada pelo empregado no sentido de desligar-se do emprego durante a suspensão contratual deve ser ignorada pelo empregador, diante da hipossuficiência daquele. O ato demissional somente terá efeito após cessar o motivo que deu ensejo à suspensão contratual.

Outra dúvida de grande importância relaciona-se às verbas trabalhistas a que o empregado teria direito no momento da aposentadoria por invalidez.

Ficando o contrato suspenso por prazo indeterminado, em que momento o empregado receberia suas verbas pendentes de acerto, como 13.º proporcional, férias etc.?

Não há respaldo legal nesse sentido, embora deva ser entendido que a quitação dos valores devidos ao empregado até a data da suspensão do contrato de trabalho pela aposentadoria por invalidez, devem ser pagos pelo empregador no momento da suspensão do contrato de emprego, embora este não possa ser rescindido.

Tal entendimento decorre do fato de que dificilmente o empregado retorna à atividade após o recebimento da aposentadoria por invalidez.

Ora, para ser concedida esta espécie de aposentadoria, não deve haver prognóstico de cura do empregado. Se houver, será devido o auxílio-doença e não a aposentadoria por invalidez. Diante de incapacidade laborativa sem previsão de cura ou possibilidade de tratamento (lembrando que o segurado não pode ser obrigado a se submeter a tratamento cirúrgico ou transfusão de sangue), possivelmente não haverá recuperação. Nesta hipótese, o empregado terá seu contrato suspenso por prazo indeterminado e, talvez, jamais receba as verbas rescisórias (a não ser que a legislação restabeleça a idade limite para a aposentadoria por invalidez tornar-se definitiva).

Por isso, outro entendimento não pode existir senão o de pagamento das verbas devidas ao empregado no momento da suspensão do contrato de trabalho pelo recebimento da aposentadoria por invalidez. Obviamente, não será devido o aviso prévio (não há rescisão do contrato), nem pagamento de multa sobre o FGTS (embora este deva ser liberado para resgate do empregado).

Para RAIMUNDO C. ALLY:

> A aposentadoria concedida pela Previdência Social, como regra geral, acarreta a extinção do contrato de trabalho. Dados estatísticos mostram que a aposentadoria por invalidez, embora de natureza transitória, não foge à regra da extinção do contrato de trabalho, já que são raríssimos os casos de cancelamento desse benefício ou de recuperação do aposentado inválido. Não há, pois, razão plausível para não se considerar a aposentadoria por invalidez, concedida pela

> Previdência Social, como situação autorizadora do saque do FGTS, a teor do que dispõe o art. 20, III, da Lei n. 8.036/90[190].

Outra questão que merece destaque está relacionada ao artigo 101 da Lei 8.213/91 e artigo 70 da Lei 8.212/91, que trazem a previsão legal de suspensão do recebimento do benefício aposentadoria por invalidez.

O artigo 101 da Lei 8.213/91 em sua redação atual estabelece que "o segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e transfusão de sangue, que são facultativos".

O artigo 70 da Lei 8.212/91, por sua vez, estabelece que "os beneficiários da Previdência Social, aposentados por invalidez, ficam obrigados, sob pena de sustação do pagamento do benefício, a submeterem-se a exames médico-periciais, estabelecidos na forma do regulamento, que definirá sua periodicidade e os mecanismos de fiscalização e auditoria".

A interpretação literal destes artigos traz a conclusão de que caso o segurado não se submeta aos exames periódicos realizados pelo Instituto Nacional do Seguro Social, nem ao processo de reabilitação profissional a cargo do próprio Instituto (salvo tratamento cirúrgico e transfusão de sangue), terá o benefício suspenso.

---

[190] ALLY, Raimundo Cerqueira. **Op. cit.;** p. 108.

Uma vez suspensa a aposentadoria por invalidez (ainda que pela ausência do segurado aos exames periódicos), o empregado deverá retornar à sua atividade laborativa. O empregador, por sua vez, deverá recebê-lo.

Ocorre que nesta situação (de não comparecimento do segurado aos exames periódicos, ou ao processo de reabilitação), muitas vezes não quer significar que o empregado esteja curado. Verificando o empregador que o empregado continua incapacitado ao exercício da atividade laborativa, não deverá recebê-lo, mas encaminhá-lo à perícia médica do INSS.

Na hipótese de recuperação da capacidade laborativa do beneficiário, ocorre a extinção do recebimento do benefício previdenciário aposentadoria por invalidez. No que tange à relação jurídica trabalhista, esta nunca deixou de existir, tendo apenas seus efeitos paralisados, o que confirma a autonomia entre os institutos.

A recuperação da atividade laborativa pode dar-se em decorrência do retorno do segurado à atividade que lhe garanta a subsistência, ou à constatação, pela perícia do INSS, da recuperação do segurado.

Durante a suspensão contratual, o pacto laboral não poderá ser modificado, salvo se houver convenção ou acordo coletivo autorizando a modificação:

> ALTERAÇÃO CONTRATUAL. REDUÇÃO SALARIAL. ACORDO INDIVIDUAL TÁCITO OU EXPRESSO. INVÁLIDO. A redução salarial somente é possível em caráter excepcional, através de convenção ou acordo coletivo (art. 7.º, VI, CF), com concessões mútuas e desde que não implique óbice à melhoria da condição social do trabalhador preconizada no caput do próprio artigo 7.º da Carta Magna. O art. 468 da CLT veda a alteração contratual "in pejus", ainda que por mútuo consentimento. A discrepância de forças entre os contratantes

> afasta a incidência do princípio da autonomia das partes no âmbito trabalhista. A relação de emprego se pauta pela sujeição pessoal do trabalhador, que se põe sob subordinação e dependência econômica em face do empregador, em condição de notória inferioridade. Contando apenas com a sua força de trabalho, o empregado depende do que ganha para o seu sustento e o de sua família. Essa situação não apenas explica mas exige a intervenção tutelar do Estado, quer no âmbito administrativo (fiscalizando o cumprimento da legislação social), quer no âmbito legal (conferindo garantias de ordem pública), de modo a que não se produza abissal desequilíbrio na esfera das relações de trabalho inválida a redução salarial por acordo individual, seja tácito ou expresso. Exegese dos artigos 7.º, caput e inciso VI, da CF c/c art. 468 da CLT. (TRT/SP - 01614200144102005 - RO - Ac. 3.ªT 20040066104 - Rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros - DOE 09/03/2004).

Destaca-se, ainda, a possibilidade de irregularidade na concessão do benefício. O artigo 69 da Lei 8.212/91 estabelece, *in verbis*:

> Art. 69. O Ministério da Previdência e Assistência Social[191] e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS manterão programa permanente de revisão da concessão e da manutenção dos benefícios da Previdência Social, a fim de apurar irregularidades e falhas existentes.

Como se vislumbra, a qualquer momento pode ser revisto o ato concessivo do benefício previdenciário.

Imagine-se um segurado empregado que obteve indevidamente o benefício previdenciário. Duas possibilidades existirão:

- Se o segurado empregado agiu com dolo, fraude ou simulação, o benefício será extinto, os valores recebidos indevidamente deverão ser

[191] A MedProv 103, de 1.º.01.2003, desmembrou o Ministério da Previdência e Assistência Social em Ministério da Assistência e Promoção Social e Ministério da Previdência Social.

devolvidos ao INSS e o contrato de trabalho será rescindido por justa causa[192].

Desta maneira, caso o empregado provoque sua invalidez, não haverá suspensão nem interrupção contratual, mas extinção do contrato de trabalho por justa causa. Esta hipótese representa fraude em relação ao empregador e ao Instituto Nacional do Seguro Social.

O artigo 348, §2.º do Decreto 3.048/99 dispõe que "na hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a seguridade social pode, a qualquer tempo, apurar e constituir seus créditos". Verifica-se, assim, que não há prescrição na ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A legislação previdenciária protege apenas as situações de incapacidade laborativa surgidas após o estabelecimento do vínculo laboral[193] e sem provocação por parte do segurado.

Ao comentar a legislação portuguesa (DL 398/83, art. 3.º/1), ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES[194] destaca que a suspensão do contrato de trabalho por causa ligada ao trabalhador pressupõe características comuns:

a) existência de um impedimento temporário (de duração superior a um mês);

b) ligação desse impedimento à pessoa do trabalhador;

---

[192] O artigo 130 da LGSS da Espanha regula a perda ou suspensão do subsídio de invalidez: a) Cuando el beneficiário haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación; b) Cuando la incapacidad sea debida o se prolongue como consecuencia de imprudencia temeraria del próprio beneficiário; c) Cuando sin causa razonable rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.

[193] Salvo se, embora a doença seja pré-existente, a invalidez tenha surgido após o vínculo laborativo, em virtude de progressão ou agravamento da doença.

[194] FERNANDES, António de Lemos Monteiro. **Op. cit.;** p. 437-440.

c) não imputabilidade desse impedimento ao trabalhador.

Com relação a esta última característica, referido doutrinador esclarece que é necessário que a conduta do empregado possa qualificar-se como culposa, não em termos de mera negligência, mas envolvendo certo grau de intencionalidade – que seja, em suma, imputável a título de dolo.

- Se não houve dolo, fraude ou simulação por parte do segurado, mas equívoco do próprio Instituto, o benefício será extinto, os valores recebidos indevidamente não serão devolvidos ao INSS e o contrato de trabalho deve manter-se intacto.

Esse procedimento não ocorre de forma imediata. Havendo indício de irregularidade na concessão ou na manutenção de benefício, a previdência social notificará o beneficiário para apresentar defesa, provas ou documentos de que dispuser, no prazo de 30(trinta) dias (§1.º, art. 69 da Lei 8.212/91).

Decorrido o prazo concedido pela notificação postal ou pelo edital, sem que tenha havido resposta, ou caso seja considerada pela previdência social como insuficiente ou improcedente a defesa apresentada, o benefício será cancelado, dando-se conhecimento da decisão ao beneficiário (§3.º, art. 69 da Lei 8.212/91).

Deve-se mencionar também que há a possibilidade de existir invalidez sem aposentadoria. Como exemplo, cita-se a situação do empregado que ficando incapacitado para a atividade laborativa em virtude de doença comum (não acidentária) no segundo mês de trabalho, tenha a sua

aposentadoria por invalidez negada pelo não cumprimento da carência de 12(doze) contribuições mensais.

Em se tratando de invalidez sem aposentadoria, é preciso destacar que esta não é regulada pela legislação brasileira. Não se fala, então, em suspensão do contrato de trabalho. Isso gerará fortes conseqüências para o empregado que, não tendo estabilidade, provavelmente será demitido e não conseguirá nova colocação no mercado de trabalho diante de sua incapacidade laborativa.

A invalidez sem aposentadoria representa falha legislativa, tendo em vista que diante da negativa da concessão do benefício haverá a exclusão social. A exigência da carência de 12(doze) contribuições mensais, neste caso, acaba desvirtuando o ideal de bem-estar e justiça sociais.

6.3.2 Auxílio-doença

6.3.2.1 Origem

A proteção à incapacidade laborativa por motivo de doença advém da questão social surgida com a Revolução Industrial, que deu início à luta da classe operária por melhores condições de trabalho. O trabalhador - que até então não possuía qualquer amparo da previdência – não era protegido pelo Estado quando ficava doente, acarretando um problema social: este

trabalhador e sua família ficavam em situação de completa miserabilidade enquanto durasse a doença.

A conquista da proteção do risco social incapacidade por motivo de doença foi paulatina.

O Código Comercial (Lei n. 956) promulgado em 25 de junho de 1850 dispunha no artigo 79 que “os acidentes imprevistos e inculpados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, com tanto que a inabilitação não exceda a três meses contínuos”.

Em seguida, o Decreto n. 2.711/1860 tratou dos montepios e sociedades de socorros mútuos, inovando nesta matéria ao prever auxílio permanente e auxílio temporário nos casos de incapacidade total ou parcial para o serviço decorrente de acidentes ou enfermidades.

Em 24 de novembro de 1888, a Lei n. 3.397 criou o Caixa de Socorros para os Ferroviários do Estado. Em seguida, os Decretos 9.212 de 26 de março de 1889 e 10.229, de 20 de julho de 1889, deram origem ao montepio obrigatório para os empregados dos correios e fundo especial para os trabalhadores das oficinas da Imprensa Régia. Ambos traziam disposição similar à apontada pelo Decreto 2.711/1860.

O auxílio-doença acidentário passa a ser disciplinado a partir do Decreto-lei n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919. O artigo 9.º do referido decreto estabelecia que “em caso de incapacidade total, mas temporária, a indenização a ser paga à vítima será de metade do salário diário até o máximo de um ano. Se a incapacidade exceder desse prazo será considerada

permanente, nos termos do parágrafo único do art. 5.º, e a indenização regulada pelo disposto no artigo anterior". Em seguida, o artigo 11 estipulava que "em caso de incapacidade parcial temporária, a indenização a ser paga à vítima será de metade da diferença entre o salário que vencia e o que vencer em conseqüência da diminuição da sua capacidade de trabalho, até que possa readquirir esta".

A Lei Eloy Chaves (Lei n. 4.682 de 24 de janeiro de 1923) em seu texto não previa a concessão do benefício pecuniário auxílio-doença. Entretanto, assegurava ao empregado - vítima de doença - o direito de receber socorros médicos e medicamentos necessários para seu restabelecimento.

Na seqüência, o Decreto n. 24.637, de 10 de julho de 1934; o Decreto-Lei n. 7.036, de 10 de novembro de 1944 e o Decreto-Lei n. 293, de 28 de fevereiro de 1967, trouxeram uma única modificação: a possibilidade do empregador escolher entre o seguro privado e o depósito obrigatório no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal.

A Lei n. 3.807 de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência – LOPS) tratou expressamente do auxílio-doença.

A Lei n. 5.316 de 1967 trouxe uma inovação: o seguro previdenciário tornou-se monopólio do chamado, na época, INPS – Instituto Nacional de Previdência Social (atual Instituto Nacional do Seguro Social), e as prestações previdenciárias passaram a ser mensais ao invés de únicas. O auxílio-doença, a partir de então, correspondeu ao salário integral do trabalhador (art. 6º, inciso I - o valor mensal era igual ao salário-de-contribuição devido ao empregado no dia do acidente, deduzida a

contribuição previdenciária, não podendo ser inferior ao seu salário-de-benefício, com a mesma dedução). Foi estipulado também o pagamento pela empresa dos 15 primeiros dias e pelo INPS a partir do 16º dia. No entanto, efetuando a empresa a contribuição acidentária na porcentagem de 1% e não 0,5%, a responsabilidade pelo pagamento dos primeiros 15 dias seria também do INPS (§2º, art. 12).

Observe-se que este dispositivo foi logo alterado pela Lei n. 6.367/76, já que determinou que o auxílio-doença seria pago pela previdência social apenas a partir do 16.º dia, ficando necessariamente sob a responsabilidade da empresa os primeiros 15(quinze) dias. Com esta lei, as prestações acidentárias passaram, definitivamente, a ser de responsabilidade da previdência social.

A Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS - Decreto n. 77.077 de 27 de janeiro de 1976), a Lei 6.439/77 (que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social) e o Regulamento de Benefícios da Previdência Social (Decreto n. 83.080 de 02/01/1979), não trouxeram qualquer inovação ao auxílio-doença.

Atualmente, o benefício encontra-se regido pela Lei n. 8.213/91, em seus artigos 59 a 64.

6.3.2.2 Conceito

O benefício auxílio-doença passou por diversas terminologias, dentre as quais: assistência pecuniária (art. 66 do Decreto 54, de

12.09.1934); auxílio-pecuniário (Lei n. 367/36 e Decreto-lei 6.905/44); auxílio-enfermidade (Decreto-lei 327/38, Decreto-Lei 651/38, Lei 2.130/53, Decreto-Lei 5.452/43 - Consolidação das Leis do Trabalho), art.476; seguro-doença (Decreto-Lei 2.122/40).

Foi em 1946 que a expressão auxílio-doença foi utilizada no Brasil, através da Portaria DNRS-775-A, formulada para a execução do Decreto 835/45.

A doença representa moléstia a que é acometido o trabalhador, gerando-lhe incapacidade provisória, já que há prognóstico de cura.

Diferentemente do que ocorre em relação à invalidez, na doença espera-se que o segurado se recupere, retornando à sua atividade laborativa.

A respeito do auxílio-doença vide subitem 5.2.1.

Nas palavras de DANIEL ANTOKOLETZ:

> Es el seguro de enfermedad el más generalizado entre los instrumentos de seguridad e higiene social, pues tiene por objeto prevenir y restablecer la pérdida o interrupción de la capacidad de ganarse el sustento.
>
> La indemnización por enfermedad debe substituir casi totalmente el ingreso que el asegurado deje de percibir por causa de su dolencia, que puede ser física o mental[195].

Este raciocínio leva à conclusão de que o auxílio-doença é benefício previdenciário que visa assegurar as condições mínimas de sobrevivência do segurado durante o período em que há a perda da

---

[195] ANTOKOLETZ, Daniel. **Tratado de Legislacion del trabajo e prevision social com referencias especiales al derecho Argentino y las demas republicas americanas**. Tomo II. Buenos Aires: Guilhermo Kraft Ltda, 1941, p. 435.

capacidade de trabalho, não importando se a incapacidade adveio de questões físicas ou psicológicas.

Em caso de doença, os trabalhadores são amparados pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por meio de benefício previdenciário denominado auxílio-doença.

Considerando a figura do empregado, o benefício auxílio-doença é concedido pela previdência social apenas a partir do décimo sexto dia do afastamento deste do trabalho. Os quinze primeiros dias correm por conta do empregador.

Para que a doença possa dar ensejo ao benefício previdenciário, é necessário que cause ao empregado a incapacidade total e temporária para o trabalho por mais de quinze dias consecutivos (art. 59, Lei n. 8.213/91).

Ressalte-se que há casos em que a incapacidade laborativa é parcial, quando o segurado desenvolve mais de uma atividade laborativa, ficando incapacitado apenas para uma delas.

6.3.2.3 Efeitos do recebimento do auxílio-doença no contrato de trabalho

A doença representa enfermidade ou incapacidade biológica temporária. A falta de proteção do empregado durante esse período pode acarretar uma série de conseqüências jurídicas e sociais.

Observe-se que há muito essa proteção ao emprego durante a enfermidade era difundida. Desde a Conferência de Havana, em 1939, foi

recomendado que “o enfermo deve conservar seu emprego durante um tempo razoável”.

Desta feita, a Consolidação das Leis do Trabalho tratou de cuidar da hipótese em que o empregado venha a ficar doente, garantindo-lhe o direito ao emprego nos termos do artigo 476 da CLT.

O artigo 476 da Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-lei 5.452/43) estabelece que “em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo deste benefício”.

Quis o legislador demonstrar que não é justo que o empregado acometido de alguma moléstia, tenha seu contrato rescindido.

Tanto é assim, que o atual Código Civil (2002), retirou a regra do artigo 1229 do Código Civil de 1916, que dispunha como justa causa para dar ao locatário como findo o contrato, a enfermidade ou qualquer outra causa que tornasse o locador incapaz dos serviços contratados.

Estando o empregado acometido de doença, o empregador deverá considerá-lo em licença não remunerada a partir do 16.º (décimo sexto) dia. Antes disso, ou seja, com relação aos quinze primeiros dias, o empregado faz jus à sua remuneração e a obrigatoriedade do pagamento é do empregador, conforme subitem 6.3.2.2.

Situação peculiar se refere à empresa que garante aos seus empregados licença remunerada. Nesta situação, a empresa ficará obrigada

a pagar ao empregado eventual diferença entre o auxílio-doença e o valor garantido pela licença.

Não há prazo determinado para a cessação do auxílio-doença, muito embora desde setembro de 2005 (através da Orientação Interna 1 Dirben/PFE, de 13.09.2005), a perícia já determine, de antemão, o período do benefício, representando um verdadeiro despautério (é a chamada alta programada).

De acordo com o artigo 78, §1.º do Decreto 3.048/99, que teve seus parágrafos incluídos pelo Decreto 5.844, de 13 de julho de 2006 “o INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada nessa hipótese a realização de nova perícia**”.**

Faltando quinze dias para a cessação do benefício concedido com prazo determinado, pode o segurado efetuar novo pedido de auxílio-doença, quando então será submetido a nova perícia.

A doença, como contingência humana, não pode levar à dispensa do empregado.

Assim, em relação ao contrato de trabalho, não é o caso de se falar em dispensa por motivo de doença, mas sim em licença sem remuneração. Da mesma forma, não deve ser entendida como interrupção do contrato de trabalho. Trata-se de hipótese de suspensão do contrato, a partir do décimo sexto dia de afastamento do empregado.

Conforme já delimitado (subitem 6.1.2), são características da suspensão do contrato de trabalho:

a) Ausência de prestação de serviços;

b) O não pagamento de salários;

c) Não contagem do tempo de serviço.

O auxílio-doença de que trata a Lei 8.213/91 refere-se a benefício previdenciário que será devido em relação ao empregado, apenas após o décimo sexto dia. O INSS se responsabiliza a partir daí, pela proteção do segurado empregado.

Sendo deferido o auxílio-doença ao empregado após transcurso de quinze dias, ocorre a suspensão do contrato de trabalho. Nesse plano de afirmação:

> [...] quando a moléstia se prolonga além de quinze dias, a responsabilidade integral do benefício é transferida para a instituição de previdência. Interrompe-se o pagamento da remuneração, exatamente porque não é justo que, existindo Instituto organizado e que recolhe aos seus cofres as contribuições dos empregados e dos empregadores, se onere a empresa com o encargo de pagar os benefícios por doença durante longo tempo.
>
> No décimo sexto dia de afastamento do trabalhador, a interrupção inicial se transforma, automaticamente, em suspensão do contrato: mais nenhuma cláusula contratual será exigível.[196]

[196] RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no Direito Brasileiro...**, p. 209.

Para ARNALDO SÜSSEKIND,

> A suspensão do contrato de trabalho, nos casos de enfermidade ou incapacidade biológica presumidamente transitória, está condicionada às hipóteses em que o empregado obtiver a concessão do auxílio-doença por parte do INSS, permanecendo sem perceber salário do seu empregador. E, enquanto durar o benefício previdenciário, perdurará a inexecução contratual.[197]

Verifica-se, portanto, que só haverá suspensão do contrato de trabalho se houver a concessão do benefício previdenciário ao segurado empregado. Caso o benefício lhe seja negado, o empregado deverá continuar exercendo sua atividade laborativa, sem que se fale em suspensão contratual. Em caso de concessão do benefício, o empregado não deverá continuar exercendo sua função e o empregador não deverá aceitar a execução de qualquer atividade por aquele.

Denota-se que os delineamentos da suspensão contratual mostram-se presentes. Concedido o auxílio-doença pela previdência social, não há execução de qualquer serviço pelo empregado ao respectivo empregador e este não lhe deve remuneração. O vínculo trabalhista não se desfaz, mas paralisam-se temporariamente os efeitos essenciais provenientes do contrato de trabalho.

Durante a suspensão do contrato de trabalho, não fica o empregador obrigado a efetuar pagamento de qualquer parcela de cunho salarial. No entanto, em conformidade com o artigo 471, da Consolidação das

---

[197] SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**..., v. 1, p. 507.

Leis do Trabalho, “o empregado afastado do emprego são asseguradas, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa”.

> SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - DIREITO DO EMPREGADO - AJUSTE CONVENCIONAL - A suspensão do contrato de trabalho não retira do empregado os benefícios atribuídos aos demais empregados da empresa, mormente quando o direito reivindicado tem origem em acordo coletivo onde as execuções ajustadas não contemplam os casos do trabalhadores afastados por acidente de trabalho. (TRT10ª R. - RO 5.441/97 - 1ª T. - Relª Juíza Terezinha Célia Kineipp Oliveira - DJU 24.04.1998)

Não é plausível tratamento diverso. O empregado que tem seu contrato de trabalho sob as conseqüências da suspensão contratual, mantém seu contrato inalterado, ficando resguardados todos os direitos assegurados à sua classe durante o período de descontinuidade executiva do contrato de trabalho.

RENATO SCOGNAMIGLIO observa que:

> Lo stato di malattia, vero o presunto, costituisce il caso più frequente di sospensione dell'attività lavorativa e anche quello che dà luogo a più numerose controversie, per il ricorrente contrasto tra l'interesse del lavoratore di astenersi dalla prestazione per il sopravvenuto stato di malattia e l'interesse del datare di lavoro, nonché dell'istituto previdenziale, di verificare l'esistenza e la durata della patologia denunziata[198].

A jurisprudência pátria já se manifestou acerca da suspensão automática do contrato de trabalho a partir do 16.º(décimo sexo) dia de afastamento do empregado por motivo de doença:

---

[198] SCOGNAMIGLIO, Renato. **Op. cit.;** 275.

> CONTRATO DE TRABALHO - SUSPENSÃO. Estando o reclamante afastado do trabalho por motivo de doença, após os primeiros 15 dias a interrupção se transforma em suspensão do contrato de trabalho, sendo o empregado considerado pela empresa como licenciado, pertencendo o ônus daí por diante à Previdência Social. Assim, a hipótese dos autos de suspensão das principais obrigações contratuais e não pode o contrato de trabalho ser rescindido, diante do obstáculo jurídico à sua fluência e ao aperfeiçoamento da ruptura do contrato, o que só pode acontecer após a cessação do mencionado motivo. (TRT3ª R. - 00489-2003-014-03-00-7 RO - 2ª T. - Rel. Juiz Fernando Antônio Viégas Peixoto - DJMG 13.08.2003)

Com assento nas colocações expostas, é preciso destacar que neste período (primeiros 15 dias), o empregado não exerce sua atividade laborativa mas, em contrapartida, continua recebendo sua remuneração. De igual maneira, o período de afastamento é contado como de efetivo serviço.

Por isso, resta claro que em se tratando de auxílio-doença custeado pela empresa nos quinze primeiros dias, ocorre a denominada interrupção do contrato de trabalho, já que existe ônus por parte do empregador, embora a atividade laborativa do empregado não esteja sendo prestada neste período.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento segundo o qual não é devida a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os primeiros dias do auxílio-doença, à consideração de que tal verba, por não consubstanciar contraprestação a trabalho, não tem natureza salarial. Precedentes: REsp 720817/SC, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 05/09/2005. Deveria, desta forma, ser autorizada a compensação dos valores recolhidos com parcelas referentes às próprias contribuições – art. 66 da Lei 8.383/91 (REsp 836531/SC; RECURSO ESPECIAL

2006/0064084-6, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, T1 – Primeira Turma, 08/08/2006, DJ 17.08.2006, p. 328).

Considerando a hipótese de incidência da contribuição social sobre a folha de pagamentos devida pelo empregador, observa-se que a obrigação previdenciária tem como base de cálculo a remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, durante o mês, a empregado (inc. I, 1.ª parte do artigo 22 da Lei 8.212/91).

Sendo assim, devida a remuneração ainda que sem a contraprestação através do trabalho, o empregador realiza o fato imponível previdenciário, tendo a obrigação de pagar contribuição previdenciária.

Mesmo o contrato estando suspenso, continua existindo. O que deixa de existir é a realização da atividade laborativa pelo empregado, bem como o pagamento da remuneração pelo empregador.

Enquanto houver paralisação provisória do contrato pela suspensão, o empregador deve manter o contrato de emprego inalterado, não podendo rescindi-lo.

RAIMUNDO C. ALLY cita que o contrato de emprego, embora suspenso, mantém alguns de seus efeitos, podendo até ser considerada hipótese de rescisão contratual conforme situação concreta:

> A ocupação do imóvel durante longo período de doença do empregado poderá acarretar sérias dificuldades para o empregador e para o empregado substituto, como no caso do apartamento destinado ao zelador do edifício. Por força da lei (arts. 476, da CLT, e 60, §3.º do PBPS), o empregador é obrigado a aguardar a alta, por anos a fio, “enquanto o

> segurado permanece incapaz". O problema é crítico e não obsta, porém, que o empregador ajuíze ação perante a Justiça do Trabalho, que examinará, em cada caso concreto, a viabilidade da rescisão contratual.[199]

Assim como ocorre em relação à aposentadoria por invalidez, no auxílio-doença enquanto houver incapacidade laborativa por parte do empregado é garantida a suspensão contratual.

Da análise legal do benefício retira-se a conclusão de que o empregador poderá sentir-se prejudicado durante este período, mas tal situação não lhe permitirá encerrar o contrato de trabalho.

Ao empregado também surgirão deveres legalmente estipulados, divididos em obrigações com o Instituto Nacional do Seguro Social e com o empregador.

Com o empregador, os deveres de fidelidade, boa-fé etc., continuam existindo. No período em que o segurado está em gozo de benefício previdenciário que acarrete suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, não pode o empregado trabalhar para outro empregador, salvo no caso de empregado que exerce diversas atividades e tem seu auxílio-doença concedido em relação à apenas uma delas. Assim, o empregado que exerce atividade de motorista, telefonista e digitador, se ficar incapacitado apenas para a atividade de motorista, receberá auxílio-doença em relação a esta atividade (se tiver cumprido a carência desta atividade, se houver) e continuará trabalhando nas demais atividades normalmente. O que não

---

[199] ALLY, Raimundo Cerqueira. **Op. cit.;** p. 99.

poderá acontecer é o empregado, afastado da atividade de motorista, voltar a exercer essa atividade para outro empregador, mesmo estando em gozo do benefício auxílio-doença. Isso representa fraude com relação ao INSS e justa causa para rescisão contratual no que se refere ao empregador.

Em relação ao INSS, o empregado tem uma série de deveres, como o de submeter-se à perícia médica do INSS periodicamente e a tratamento conferido pela previdência social (exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue). Ademais, não poderá o empregado, enquanto estiver em gozo de benefício por incapacidade, retornar à atividade para a qual está incapacitado[200].

Ocorrendo doença-comum (não acidentária), ou acidente não vinculado ao trabalho, o empregador não fica obrigado ao recolhimento do Fundo de Garantia sobre o Tempo de Serviço – FGTS durante o recebimento do benefício previdenciário pelo empregado.

> CONTRATO DE TRABALHO - SUSPENÇÃO (AUXÍLIO-DOENÇA) - DEPÓSITOS DO FGTS - Suspenso o contrato de trabalho (direitos e obrigações), cessa a responsabilidade do empregador, relativamente ao pagamento de salários e outros consectários, inclusive os depósitos do FGTS. Inteligência do art. 28, do Decreto n. 99.684/90 e art. 60 da Lei 8.213/91. (TRT2ª R. - RS 20010312301- Ac. 20010735962 - 6ª T -Relª. Juíza Maria Aparecida Duenhas - DOESP 27.11.2001).

Diferentemente, em caso de acidente de trabalho, o FGTS deverá ser recolhido e o período de percepção do auxílio-doença deverá ser

---

[200] Observe-se que essa regra não é aplicada ao segurado em gozo de auxílio-acidente, já que este admite a percepção conjunta com a remuneração. Por isso, mesmo recebendo auxílio-acidente, o empregado continuará trabalhando.

computado como tempo de serviço (art. 4.º, parágrafo único, CLT) (subitem 6.3.3.2).

Durante a suspensão do contrato de trabalho este se mostra inalterado. A demissão imotivada do empregado neste período pode ensejar, inclusive, indenização por danos morais:

> DISPENSA IMOTIVADA - NULIDADE - O empregador, operando rescisão contratual quando tinha ciência de que o contrato de trabalho seria suspenso em virtude de doença, comete ato ilícito, eis que exerce direito que excede os limites da boa-fé, que norteia os contratos em geral, inclusive os de trabalho. Dano moral configurado a ensejar reparação. Aplicação subsidiária dos arts. 186, 187 e 942 do Código Civil, conforme autorização do art. 8.º da CLT. (TRT2ª R. - 01036200203602000-RO - Ac. 20050088135 - 7ª T - Rel.ª Juíza Catia Lungov - DOESP 11.03.2005)

Relevante também anotar a possibilidade de demissão do empregado por justa causa enquanto este estiver em gozo de auxílio-doença.

Em decisão única conferida a um Recurso de Revista pela Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (RR 5712/2003-001-12-00.7), chegou-se à conclusão de que o empregador poderá demitir o empregado por justa causa durante o recebimento do auxílio-doença. Para tanto, a falta grave deverá ter ocorrido antes da suspensão do contrato de trabalho, só tendo efeito a demissão quando não houver mais o motivo ensejador do benefício, já que durante o recebimento do auxílio-doença o contrato de trabalho está suspenso:

> RECURSO DE REVISTA – SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA ANTERIOR À SUSPENSÃO - POSSIBILIDADE - Acórdão regional em que se reconhece a nulidade da demissão por justa causa durante a suspensão do contrato de trabalho e se determina ao

> Reclamado proceder à resolução do contrato no dia imediatamente posterior ao término da fruição do benefício. Possibilidade de demissão por justa causa durante o período de suspensão contratual, a qual, no entanto, somente produzirá efeitos quando extinto o motivo ensejador de tal suspensão, in casu, o recebimento do auxílio-doença previdenciário. Recurso de revista a que se dá provimento parcial. (TST - RR-5712/2003-001-12-00 - 5ª T - Rel. Min. Gelson de Azevedo - DJU 28.04.2006)

Em caso de suspensão contratual em decorrência da concessão de auxílio-doença, o recebimento das férias a que teria jus até o momento da suspensão contratual também é suspenso. A problemática desta situação reside no fato de que poderá demorar muito tempo para que o empregado possa recebê-la.

Saliente-se que não terá direito a férias o empregado que no curso do poder aquisitivo tiver percebido da previdência social prestações de acidente de trabalho ou de auxílio-doença por mais de 6(seis) meses, embora descontínuos (art. 133, inciso IV, CLT).

As férias a que o segurado tinha direito antes do recebimento do auxílio-doença, só poderão ser gozadas após extinção do fato que deu ensejo à suspensão do contrato de trabalho, ou seja, após cessar o recebimento do benefício previdenciário pelo empregado.

No que se refere ao 13.º salário, o empregador não terá que pagá-lo desde o afastamento, até a alta do empregado. Em contrapartida, o empregado terá direito ao recebimento do abono anual pela previdência social se, durante o ano, recebeu auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria, salário-maternidade, pensão por morte ou auxílio-reclusão.

Observe-se que o empregador é responsável pelo pagamento do 13.º devido até o 15.º dia de afastamento do empregado. O problema é saber quando esse pagamento se dará, já que o contrato de trabalho estará com seus efeitos suspensos. Deve-se entender que o décimo terceiro salário devido pelo empregador só deverá ser pago após o retorno do empregado à atividade, pois o auxílio-doença se refere a uma incapacidade temporária e espera-se que o empregado retorne às suas atividades dentro de pouco tempo. Entendimento diferente deve ser mantido com relação à aposentadoria por invalidez, em virtude da falta de perspectiva de retorno do empregado à atividade. Na hipótese deste benefício, as verbas devidas até a data do afastamento devem ser pagas no momento em que o contrato é suspenso, conforme aventado no subitem 6.3.1.4.

Relativamente ao salário-família, mesmo diante da percepção pelo empregado do auxílio-doença, continua o empregador responsável pelo pagamento integral do mesmo correspondente ao mês de afastamento do trabalho, sendo que o do mês da cessação de benefício é pago pelo INSS.

Quanto à estabilidade, esta existirá caso a doença seja proveniente de acidente de trabalho, como será analisado em subitem próprio.

Cabe esclarecer que mesmo a Consolidação das Leis do Trabalho prevendo a suspensão do contrato de trabalho em caso de doença, por exemplo, não significa que o empregado receberá benefício previdenciário, pois para tanto deverá ter cumprido o período de carência do benefício (doze contribuições mensais).

Daí se pode concluir que existem duas relações jurídicas distintas que, em alguns momentos, parecem se confundir, mas não se confundem: de um lado, a relação jurídica de emprego, estabelecida entre empregado e empregador através de contrato de trabalho; de outro, a relação jurídica previdenciária, formada entre trabalhador (no caso empregado) e o Instituto Nacional do Seguro Social, a partir da inscrição e filiação daquele, que verterá contribuição social mensal a este.

A suspensão do contrato de trabalho pressupõe que de um lado, exista um contrato regido no moldes da Consolidação das Leis do Trabalho e, de outro, o cumprimento dos requisitos para a concessão do benefício. Vale lembrar que o benefício auxílio-doença comum exige como requisitos:

a) No âmbito previdenciário:

- cumprimento da carência;

- qualidade de segurado;

- doença total (ou parcial) e temporária constatada por perito do INSS.

- no caso do empregado, o transcurso de mais de 15 (quinze) dias da doença.

b) No âmbito trabalhista:

- formação de um contrato de trabalho regido pela CLT;

- concessão do benefício previdenciário pelo INSS a partir do décimo-sexto dia de afastamento do empregado por motivo de doença.

6.3.3 Auxílio-acidente X acidente de trabalho

6.3.3.1 Análise conceitual

De acordo com o art. 7.º, inciso XXVIII da Carta Constitucional de 1988, é assegurado aos empregados e avulsos “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Ao conceituar acidente de trabalho, o artigo 19 da Lei 8.213/91 estabelece que “é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

Entenda-se por acidente de trabalho não só a doença de trabalho, como também a doença profissional. Conforme artigo 20 da Lei 8.213/91:

I - doença profissional é a doença produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social[201]; e

[201] Atualmente Ministério da Previdência Social.

II - doença do trabalho é a doença adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Não são consideradas como doença do trabalho:

a) a doença degenerativa;

b) a inerente a grupo etário;

c) a que não produza incapacidade laborativa;

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

O acidente de trabalho ocorre em virtude de situações diversas, relacionando-se ao trabalho prestado pelo empregado. Esta relação dá-se com o exercício do trabalho a serviço da empresa, acidente por doença profissional ou do trabalho e ainda acidente de transcurso (aquele que ocorre no percurso entre a residência e o local de exercício da atividade, ou entre dois locais de trabalho, considerando a distância e o tempo de deslocamento compatíveis com o percurso do trajeto).

A empresa deve efetuar a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência do acidente e, em caso de morte, a comunicação deverá ser feita imediatamente à autoridade competente, sob pena de multa. Não a fazendo, o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, podem fazê-lo, não prevalecendo o prazo concedido à empresa.

Existe, na atualidade, a presunção de que ocorreu um acidente de trabalho caso a doença obtida pelo empregado esteja relacionada à atividade por ele desenvolvida. A Lei 11.430, de 26 de dezembro de 2006, inverte o ônus da prova, cabendo à empresa e ao empregador provar que a doença não foi ocasionada por acidente de trabalho[202].

> ACIDENTE DO TRABALHO - BENEFÍCIO - CONVERSÃO - AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO EM ACIDENTÁRIO - NEXO CAUSAL ENTRE A INCAPACIDADE E O TRABALHO - RECONHECIMENTO - ADMISSIBILIDADE - Demonstrado o nexo de causalidade entre a tenossinovite e as funções laborativas de bancário, é de se converter o benefício temporário previdenciário em seu homônimo acidentário, para o fim de atender o disposto no artigo 118 da Lei 8.213/91. (2TACSP - Rec. Ex Officio 764.564-00/6 - 9ª Câm. - Rel. Juiz Cristiano Ferreira Leite - DOESP 14.03.2003)

Ocorrendo acidente de trabalho, o segurado empregado terá direito ou ao benefício aposentadoria por invalidez acidentária (caso tenha havido a incapacidade total e permanente para o trabalho) ou ao benefício auxílio-doença acidentário (quando o acidente tiver ocasionado apenas a incapacidade laborativa total ou parcial, mas temporária).

No entanto, caso o empregado possa continuar exercendo a atividade laborativa, mas tenha sofrido lesão decorrente do acidente de trabalho ou acidente de qualquer natureza[203] que tenha acarretado redução

---

[202] Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento. (Nova redação dada pela Lei nº 11.430, de 26 de dezembro de 2006 - DOU DE 27/12/2006).

[203] Embora a legislação previdenciária tenha em sua redação inicial adotado o direito ao benefício auxílio-acidente apenas ao segurado que sofresse lesões após acidente de

em sua capacidade laborativa, terá direito ao benefício denominado auxílio-acidente, nos termos do artigo 86 da Lei 8.213/91.

Vê-se que o benefício denominado auxílio-acidente tem caráter indenizatório e não substitutivo do salário, podendo ser inferior ao salário mínimo, já que é concedido sob a alíquota única de cinqüenta por cento do salário-de-contribuição, não mais existindo diferenciação conforme o grau de diminuição da capacidade laborativa, como ocorria antes do advento da Lei 9.032/95[204]. O segurado continua em atividade, percebendo além da sua remuneração o benefício auxílio-acidente - encargo do Instituto Nacional do Seguro Social – enquanto não se aposentar, quando então cessa o direito ao recebimento do benefício previdenciário. Observe-se que o pagamento do auxílio-acidente pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, não retira a responsabilidade do empregador de indenizar o empregado por eventuais danos, quando incorrer em dolo ou culpa (artigo 7.º, XXVIII, CF/88).

> ACIDENTE DO TRABALHO – DANOS MATERIAIS – REPARAÇÃO CIVIL E PREVIDENCIÁRIA – CUMULAÇÃO – O benefício previdenciário pago em decorrência de acidente do trabalho tem fundamento na teoria do risco, na responsabilidade objetiva, é amparado pelo seguro social, a cargo do órgão previdenciário oficial, e custeado pelas contribuições sociais do empregador. A reparação civil, distintamente, tem fundamento jurídico no dolo ou culpa, mesmo que levíssima, do patrão ou de preposto seu. Ambas as reparações têm origem em fontes distintas de obrigações, nada impedindo que se acumulem, portanto. (TRT3ª R. - RO 00023-2006-064-03-00-0 - 5ª T. - Rel. Juiz Emerson José Alves Lage - DJMG 10.06.2006)

---

trabalho. Não falava, portanto, em acidente de qualquer natureza. A extensão deste benefício surgiu com a Lei 9.032/95.

[204] O benefício era concedido em 30%, 40% ou 60% conforme o grau de diminuição da capacidade laborativa.

É preciso mencionar, também, que o auxílio-acidente não está condicionado à manutenção do contrato de trabalho. Mesmo o empregado ficando em situação de desemprego, é mantida a responsabilidade do INSS de efetuar o pagamento do benefício, que cessará com a morte ou aposentadoria do segurado.

Da mesma forma que os demais benefícios concedidos em virtude de acidente de qualquer natureza (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez), o benefício auxílio-acidente independe de carência.

6.3.3.2 Efeitos do recebimento de benefício acidentário no contrato de trabalho

Ao iniciar a discussão acerca dos efeitos do recebimento de benefício acidentário no contrato de trabalho, é necessário destacar que a concessão do benefício auxílio-acidente não acarreta suspensão nem interrupção do contrato de trabalho, mesmo sendo benefício acidentário.

Como mencionado no subitem anterior (6.3.3.1), o empregado continua desenvolvendo sua atividade e recebendo além da remuneração paga pelo empregador, o auxílio-acidente com natureza indenizatória, a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

O mesmo não pode ser dito dos benefícios auxílio-doença acidentário e aposentadoria por invalidez acidentária.

O empregado afastado do emprego em virtude de acidente de trabalho ou acidente de qualquer natureza ou causa tem direito à garantia do emprego durante o período de afastamento. Especificamente em relação ao acidente de trabalho, a garantia do emprego vai além do período de concessão do benefício, vez que o empregado, nesta situação, detém estabilidade, como será visto adiante.

Ao analisar a questão da suspensão ou interrupção do contrato de emprego em caso de acidente de trabalho, deduz-se que se trata de interrupção do contrato de trabalho (lembrando que em relação ao empregado, os primeiros quinze dias são de responsabilidade do empregador). Neste sentido:

> O afastamento do empregado por motivo de acidente de trabalho e o conseqüente gozo do benefício previdenciário acarretam a interrupção do contrato de trabalho, e não a suspensão do mesmo, porque o tempo do afastamento é contado como de efetivo serviço. As verbas relativas aos quinze primeiros dias do afastamento são devidas pelo empregador, os dias subseqüentes serão encargos do INPS. Sendo assim, a empresa que pagou os direitos do empregado pelo decurso do prazo do contrato de experiência não pode ser compelida a pagar-lhe verbas que não estão sob sua responsabilidade (TST, RR 7.831/85-9, Orlando Lobato, Ac. 1.ª T, 1.496/86).

Em se tratando de acidente de qualquer natureza ou causa, ocorrerá a suspensão contratual, pois não gera ônus ao empregador. Não há deste modo, pagamento de remuneração após o décimo quinto dia do acidente e nem recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Para JUAN RAMÍREZ GRONDA, o acidente de trabalho acarreta a suspensão do contrato:

> Tanto el accidente del trabajo como la enfermedad ocasional, o la enfermedad profesional, como las enfermedades y accidentes comunes no inculpables,nó producen en todos los casos una terminación del contrato, sino simplemente la suspensión de algunas de las obligaciones contraídas, pues es evidente que, en tanto que el trabajador no puede continuar 'por algún tiempo (salvo la muerte o la incapacidad total), prestando su servicio profesional, el patrono debe continuar pagándole por cierto tiêmpo todo o parte de la remuneración convenida, o indemnizar en último término el infortunio. [205]

Entretanto, são consideradas hipóteses de interrupção e não de suspensão do contrato, as situações ocasionadas por acidente de trabalho. O parágrafo único do artigo 4.º da Consolidação das Leis do Trabalho determina que “computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente de trabalho”. Subsiste, durante este período, a obrigação do empregador de efetuar recolhimento do FGTS e, por isso, há que se considerar interrompido e não suspenso o contrato de trabalho. A suspensão não acarreta qualquer ônus ao empregador, motivo pelo qual a obrigação de pagar FGTS pelo empregador, bem como o cômputo de período de afastamento como sendo de serviço pelo empregado, configuram hipótese de interrupção contratual.

Além do mais, não será considerada falta ao serviço para fins de concessão de férias, a ausência do empregado por motivo de acidente do trabalho ou enfermidade atestada pelo Instituto Nacional do Seguro Social –

---

[205] GRONDA, Juan. D. Ramírez. **Derecho Del Trabajo de La Republica Argentina**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1970, p. 119.

INSS, exceto quando a percepção do benefício ultrapassar o período de seis meses (art. 131, inciso III, c/c art. 133, inciso IV, CLT).

Em posicionamento contrário, MOZART VICTOR RUSSOMANO, esclarece que:

> [...] o acidente de trabalho e o serviço militar obrigatório constituem formas típicas de suspensão do contrato: durante o prazo em que o trabalhador está acidentado (ou atingido por enfermidade profissional), bem como durante o tempo da prestação de serviço militar, o vínculo jurídico de emprego continua íntegro, mas o contrato hiberna: não há prestação de trabalho; não há pagamento de salário; não subsistem as obrigações secundárias que cercam essas duas obrigações principais, na contextura jurídica do contrato de trabalho.[206]

MAURÍCIO GODINHO DELGADO[207] ao discorrer sobre a suspensão do contrato de trabalho por motivo de doença acidentária do segurado, estabelece que nesta situação a suspensão adquire características especiais, tais como:

a) Nos termos do parágrafo único do artigo 4.º da Consolidação das Leis do Trabalho, computa-se o período de afastamento em face de acidente do trabalho (ou doença profissional ou ocupacional), para fins de indenização e estabilidade celetistas;

b) Em conformidade com o art. 28 do Decreto n. 99.648/90 (Regulamento do FGTS), computa-se o período de afastamento para fins de depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;

---

[206] RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho...**, p. 134.
[207] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1070-1071.

c) De acordo com o artigo 131, inciso III, computa-se o período de afastamento por acidente de trabalho ou enfermidade, desde que inferior a 6(seis) meses, para fins de período aquisitivo de férias do empregado.

Como se constata, ao empregador cabe inclusive o pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (Decreto 59.820, de 20 de dezembro de 1966) durante o afastamento do empregado por motivo de acidente de trabalho.

Justamente por isso, entende-se que, ocorrendo acidente de trabalho, durante a percepção do benefício previdenciário auxílio-doença, ocorre a cessação provisória e parcial do contrato de trabalho, representando hipótese de interrupção do contrato e não de suspensão, pois o empregador continua suportando ônus relativo ao vínculo empregatício. Como no acidente de qualquer natureza ou causa não subsistem para o empregador as mesmas obrigações relativas ao acidente de trabalho (pagamento do FGTS, por exemplo), considera-se hipótese de suspensão do contrato de emprego.

Acresce a esta explanação a circunstância de que o acidente de trabalho garante ao empregado estabilidade no emprego.

Em relação à estabilidade, é preciso tecer algumas considerações de cunho explicativo.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que a estabilidade é restrição legal imposta ao empregador pela legislação trabalhista, em determinadas situações que esta entendeu carecedoras de proteção.

Indiretamente, a estabilidade acaba protegendo toda a sociedade, principalmente quando a mesma é adquirida à evidência de determinado risco social.

O recebimento de alguns benefícios previdenciários dá direito à chamada estabilidade. Ressalte-se, de antemão, que esta é vista sob vários aspectos.

Num conceito inicial, a estabilidade representa benefício do empregado de manter-se em seu cargo após determinado tempo de trabalho, surgindo justamente em reconhecimento ao tempo de serviço prestado ao mesmo empregador. O legislador percebeu a necessidade de dar essa garantia ao trabalhador, que demonstra ainda maior dedicação ao serviço prestado, por saber que poderá manter a si e a sua família sem maiores preocupações, já que terá estabilidade.

Com efeito, o artigo 492, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que "o empregado que contar mais de 10(dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas". Para tanto, há necessidade de que o empregado fique ao longo de 10 (dez) anos à disposição do empregador, não havendo imposição da continuidade nesse período (art. 492, parágrafo único, CLT)[208].

[208] No entanto, com a Constituição Federal de 1988, acabou sendo revogada esta estabilidade, já que a Carta Magna colocou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço como direito do trabalhador. Permaneceu com direito à esta estabilidade aqueles que já a haviam alcançado (direito adquirido).

Em outro vértice, a estabilidade surge como protetora de situações temporárias e não em decorrência do exercício da atividade realizada no transcurso de determinado tempo. O empregado terá direito a essa estabilidade não em decorrência de um aspecto positivo (fazer alguma coisa), mas em decorrência de um aspecto negativo: deixou de exercer a atividade laborativa por motivos legalmente justificáveis. Referimo-nos, então, à estabilidade dita provisória. Como exemplo, a maternidade, pois a Constituição Federal de 1988 concede estabilidade à empregada gestante desde a confirmação da gravidez, até 5(cinco) meses após o parto (art. 10, II, *b*, ADCT).

Como terceira e última modalidade de estabilidade, destaca-se a estabilidade contratual, formada a partir do pacto entre empregado e empregador, podendo ocorrer inclusive através de convenção coletiva de trabalho. Neste sentido, o artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho preleciona que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Tais considerações explicam que a estabilidade pode ser concedida em decorrência de lei, de contrato ou pelo transcurso de prazo, adquirindo feição não só jurídica, como também econômica e social.

Para AMAURI MASCARO NASCIMENTO:

> Sob o ângulo empresarial, não seria demasiado argumentar que realmente a estabilidade representa uma restrição ao poder de comando do empregador, já que se vê tolhido de agir livremente, dispondo do empregado no momento em que

> julgar oportuno e sem entraves de ordem legal. Há tese segundo a qual para abrir maior número de empregos impõe-se suprimir – como fez nosso direito – a estabilidade geral, com base numa idéia: facilitada a descontratação, facilita-se, também, a contratação de empregados.[209]

O artigo 118 da Legislação Previdenciária (Lei n. 8.213/91) dispõe que "o segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente".

Este dispositivo teve sua constitucionalidade questionada, vez que o artigo 7.º, inciso I da Carta Constitucional de 1988 exige lei complementar (e não lei ordinária – Lei 8.213/91) para tratar de despedida arbitrária ou sem justa causa, ao estabelecer que os trabalhadores urbanos e rurais têm como um de seus direitos a "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". Tal entendimento foi rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 639/DF (Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.06.2005), ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI contra o *caput* do art. 118 da Lei 8.213/91. Para o STF, o dispositivo impugnado fixa os limites de uma garantia trabalhista vinculada à ocorrência de acidente de trabalho, e não versa sobre o regime de estabilidade, razão pela qual não afronta o inciso I do art. 7.º da Constituição Federal, que exige lei complementar para disciplinar a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

---

[209] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, 2006, p. 780.

Também ficou estabelecido que “o acidente de trabalho é regulado, em última análise, para assegurar a dignidade do trabalhador no momento em que não possui capacidade efetiva de trabalho. Concluiu-se que o rol de garantias do art. 7.º da CF não esgota a proteção aos direitos sociais, e que o art. 118 não cria novo direito, mas apenas especifica o que a Constituição já prevê ao tratar das garantias referentes ao acidente de trabalho”.

Corroborando com esse entendimento, a Súmula 378 do TST dispõe:

> SÚMULA 378 - Estabilidade provisória. Acidente do trabalho. Art. 118 da Lei n. 8213/1991. Constitucionalidade. Pressupostos.
>
> I - É constitucional o artigo 118 da Lei n. 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado.
>
> II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.

Acrescente-se que a estabilidade só existirá se a doença for acidentária e se perdurar por mais de quinze dias, vez que o artigo 118 fala em 12 meses após a cessação do auxílio-doença (que só existe verdadeiramente a partir do 16.º dia de afastamento do empregado):

> ESTABILIDADE. DOENÇA PROFISSIONAL. AFASTAMENTO POR TEMPO INFERIOR A 15 DIAS. Ausência de caracterização de pressuposto essencial fixado pelo art. 118 da Lei 8.213/91. (TRT/SP - 02531199706002001 - RO - Ac. 6ªT 20030695338 - Rel. Rafael E. Pugliese Ribeiro - DOE 13/02/2004).
>
> ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. A proteção do art. 118 da Lei 8.213/91 não é posta em favor de quem adoece, mas do

> acometido por doença profissional. E não é qualquer quadro de doença profissional que interessa à tutela do art. 118, senão somente o que tenha evoluído para determinar afastamento por mais de 15 dias. Quis o legislador, com isso, tarifar uma conseqüência mais significativa (estabilidade por 12 meses) apenas para um quadro de doença mais complexo. (TRT/SP - 02241200001202000 - AI - Ac. 6ªT 20040052731 - Rel. Rafael E. Pugliese RIBEIRO - DOE 27/02/2004).

Assim como ocorre na suspensão e interrupção contratual, durante o período de estabilidade, o contrato de trabalho não pode ser extinto, salvo se houver justa causa ou fechamento do estabelecimento onde o empregado desenvolvia suas atividades.

Resta esclarecer que o artigo 498 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que “em caso de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, ou supressão necessária de atividade, sem ocorrência de motivo de força maior, é assegurado aos empregados estáveis, que ali exerçam suas funções, direito à indenização, na forma do artigo anterior”, ou seja, a indenização por rescisão do contrato por prazo determinado será paga em dobro (artigo 497, CLT). Na hipótese de extinção do contrato, o empregado que detém estabilidade deverá ser indenizado:

> ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. FECHAMENTO DO LOCAL DE TRABALHO DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO. A jurisprudência desta Corte Superior sobre os requisitos para a concessão da estabilidade decorrente de acidente de trabalho encontra-se cristalizada no item II da Súmula 378. Por outro lado, o fechamento do setor no qual trabalhava o Reclamante não implica a extinção do seu contrato de trabalho se, nesse período, o mesmo encontrava-se afastado do emprego em decorrência de acidente de trabalho. Isso porque, no referido período, o contrato de trabalho fica suspenso, sendo garantida ao empregado a estabilidade provisória no emprego, e, portanto, devida a indenização dela decorrente a fim de assegurar a subsistência do empregado e de sua família.

> Assim sendo, não há como se cogitar da violação do art. 118, da Lei 8.213/91. Recurso de Revista não conhecido. (TST - RR 76240420013 - 2ª T. - Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes - DJU 12.05.2006)

O mesmo se dá em caso de extinção da empresa em virtude de falência:

> FALÊNCIA - ACIDENTE DE TRABALHO - ESTABILIDADE - ARTIGO 118 DA LEI 8.213/91 - A extinção do contrato de trabalho resultou da falência da ré, que culminou com a extinção da empresa. Não se trata de saber se o empregador poderia, ou não, despedir a empregada. O que houve foi a extinção da atividade empresarial e, com essa extinção, tornou-se insubsistente a manutenção do contrato de trabalho. A garantia do art. 118 é de ordem social. O bem jurídico tutelado sobreexcede em importância a relação contratual, dando ao empregado uma compensação adicional pelo acidente de trabalho, conferindo-lhe segurança para ser reintegrado à atividade produtiva normal. (TRT2ª R. - 09220200390202005 RO - Ac. 20030299025 - 6ª T - Rel. Juiz Rafael E. Pugliese Ribeiro - DOESP 04.07.2003)

Ocorrendo o término do auxílio-doença acidentário, passa a contar o prazo de doze meses de estabilidade do segurado empregado. Quer isso significar que sem a anterior concessão do auxílio-doença, não se fala em estabilidade.

A respeito, ARNALDO SÜSSEKIND estabelece que "o acidentado tem assegurada a manutenção do seu contrato de trabalho pelo prazo de doze meses a partir da cessação do auxílio-doença; mas, se estiver sido convertido em aposentadoria por invalidez, essa estabilidade especial não poderá ser invocada se a aposentadoria só for cancelada após a fluência de um ano"[210].

---

[210] SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**..., v. I, p. 513.

Referido autor faz interpretação literal do dispositivo legal, ao afirmar que a estabilidade só existe após cessado o auxílio-doença, inexistindo a mesma após término da concessão da aposentadoria por invalidez. Conquanto não exista dispositivo semelhante, se considerada a interpretação sistemática, o auxílio-doença acidentário, ainda que convertido em aposentadoria por invalidez, dá ensejo à estabilidade de 12(doze) meses, após a cessação do benefício.

Ora, a finalidade da norma é a proteção do trabalhador, com intuito de alcance do bem-estar e justiça sociais. O sistema previdenciário baseia-se no princípio da igualdade e, a partir do momento que estabelece que a aposentadoria por invalidez acidentária (acidente de trabalho) pode ser cessada, exige a estabilidade do empregado que retornar à sua função. Assim, mesmo na hipótese de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho concedida de imediato (sem recebimento anterior de auxílio-doença), há estabilidade após a sua cessação, ainda que não haja dispositivo legal a respeito.

No entanto, após o retorno do empregado em gozo do auxílio-doença comum ou aposentadoria por invalidez comum, não se aplica o período de estabilidade previsto no artigo 118 da lei n. 8.213/91, devendo o empregador receber o empregado ou indenizá-lo na forma da lei.

6.4 Salário-maternidade

6.4.1 Origem

A mulher sempre mereceu proteção especial pela legislação, mormente diante das profundas discriminações a que estava sujeita.

A necessidade social fez com que a mulher integrasse o universo de trabalhadores. Ocorre que, logo de início, entendeu-se que esta era mais frágil. Esta fragilidade acabou diminuindo com o surgimento das máquinas, em que o esforço físico deixou de ser elemento essencial.

Foi assim que a mulher passou a desenvolver outros atributos, além daqueles já apresentados no âmbito familiar, para a proteção do lar.

A Convenção n.3 de 1919 da Organização Internacional do Trabalho versou sobre a proteção à maternidade, conferindo: licença antes e depois do parto, mediante atestado médico que comprove a gravidez; a garantia do emprego, não sendo possível a demissão concomitante com o afastamento para dar à luz e na ineficácia de aviso prévio durante esse período; assistência à maternidade, através de auxílio econômico destinado a cobrir o acréscimo de despesas supervenientes, pago pelo Estado ou pelas instituições previdenciárias, além de assistência gratuita de médico e, ainda, facilidades durante a amamentação do filho, com direito a dois repousos específicos diários, de meia hora cada um.

Em 1932, o Decreto 21.417-A estabeleceu que a empregada tinha direito a “um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo

com a média dos seis últimos meses, que seria pago pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e, na falta destas, pelo empregador".

O artigo 121, §1.º, *h*, da Constituição de 1934 determinou "assistência médica e sanitária à gestante, assegurando a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, além de instituição de previdência, a favor da maternidade".

Em seguida, a Constituição de 1937, em seu artigo 137, inciso I garantia assistência médica e higiênica à gestante, assegurando a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto.

Esta garantia foi mantida pela Constituição de 1946 (art. 157, X) "sem prejuízo do emprego nem do salário", assim como a Carta de 1967 (art. 158, XI) e a Emenda Constitucional de 1969 (art. 165, XI).

A Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto 5.452, de 1.º de maio de 1943 trouxe em seção própria a proteção à maternidade, garantindo na redação original do artigo 392, salário-maternidade pelo período de 12 (doze) semanas (quatro semanas antes e oito semanas após o parto) ou 84 (oitenta e quatro) dias.

Apenas em 1974, com a Lei 6.137, de 7 de novembro, o salário-maternidade passou a ser incluído no rol de benefícios previdenciários previsto no artigo 22, inciso I, da Lei Orgânica da previdência Social – LOPS, já que em sua redação original esta esquivou-se de relacionar, entre suas prestações, referido benefício.

Em 1979 é aprovada nas Nações Unidas a Convenção da ONU[211], como resultado da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975, versando sobre a "Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher", estabelecendo que para que fosse alcançada a plena igualdade entre homem e mulher, seria necessário modificar o papel tradicional tanto do homem quanto da mulher na sociedade e na família. A mulher deveria ser protegida inclusive em relação à reprodução (artigo 11 da Convenção).

Em 1988, a Carta Constitucional de 5 de outubro, conferiu ampla proteção à mulher que ao longo da história passou a ser vista como figura essencial no mercado de trabalho.

A cada momento histórico, as diferenças entre homens e mulheres foram se estreitando, culminando no reconhecimento pela Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988 da igualdade existente entre ambos (art. 5.º, *caput*).

Em que pese o reconhecimento dessa igualdade, algumas situações merecem tratamento diferenciado, como no caso da maternidade.

Por isso, o artigo 7.º inciso XVIII da Constituição Federal de 1988 garante licença à gestante (e não ao homem), sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 (cento e vinte) dias e o artigo 201, inciso II,

---

[211] Adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembléia das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979 e aprovada pelo Decreto Legislativo n. 93, de 14.11.1983. Foi ratificada pelo Brasil em 1.º de fevereiro de 1984, com reservas. Promulgada pelo Decreto n. 89.406, de 20.3.1984.

desta Carta Constitucional estabelece a proteção à maternidade, especialmente à gestante, como medida tomada pela previdência social.

6.4.2 Gravidez da empregada: proteção

Retomando algumas considerações históricas efetuadas ao longo deste trabalho, volta-se a ressaltar a importância de proteção à gestante no mercado de trabalho mundialmente considerado.

Não resta dúvida de que a mulher sempre foi reconhecida como mãe, tendo seu trabalho restringido a questões domésticas.

Mas a história revelou uma mulher destemida, que lançou sobre o Direito o conceito de empregada, trabalhadora que agora não só é mãe, não só exerce trabalhos domésticos, mas também ajuda na mantença do lar.

Por isso, gize-se enaltecer que a mulher exerce, nesta concepção evolutiva, dupla jornada. Não bastasse exercer seu papel inicial de protetora do lar, ganhou a mulher vez, voz e lugar no mercado de trabalho.

Neste aspecto, o legislador pátrio tomou para si a obrigação de proteger a figura feminina, especialmente a gestante. Isso já vinha sendo feito pela legislação estrangeira.

Apenas a partir de 1932, a gestante passou a obter grande proteção pela legislação brasileira. Tal proteção foi intensificada em 1974, chegando ao seu ápice em 1988, com a Carta Constitucional de 5 de outubro. A idéia é cobrir a empregada gestante com o manto protetor da previdência social, retirando do empregador a grande responsabilidade sobre a mesma.

Com isso, procura-se evitar qualquer tipo de discriminação relativa à maternidade.

Embora tenha havido constante evolução no que se refere à proteção da figura feminina, ao longo de muitos anos a empregada passou por situações discriminatórias desconfortantes. Basta lembrar do artigo 446 da Consolidação das Leis do Trabalho (revogado pela Lei 7.855/89) que estabelecia a possibilidade do marido opor-se ao prosseguimento do contrato de trabalho quando entendesse que a continuidade do mesmo era suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família e perigo manifesto às condições peculiares da mulher.

A mulher, segundo a redação original do Código Civil de 1916, era considerada relativamente incapaz (com a edição da Lei n° 4.121/62, o Código Civil de 1916 deixou de equiparar a mulher casada aos silvícolas, aos pródigos e aos menores de 21 anos, ou seja, aos relativamente incapazes para os atos da vida civil).

A Constituição Federal de 1988 em seus artigos 5.º, *caput*, I e XIII e 226, §§4.º e 5.º, traz a igualdade entre homens e mulheres, representando a vitória de uma luta que perdurou ao longo da história brasileira.

6.4.3 Conceito

Salário-maternidade é benefício previdenciário concedido exclusivamente à mulher em decorrência de parto e adoção ou guarda judicial para fins de adoção.

O risco social protegido através deste benefício advém da situação de necessidade que surgirá em decorrência do nascimento de filho ou da adoção ou guarda judicial para fins de adoção. Por certo, o dispêndio familiar crescerá com a chegada de mais um integrante na família.

Embora a expressão traga a terminologia salário, o benefício tem natureza previdenciária e não trabalhista. Desta forma, não representa contraprestação devida pelo empregador à empregada em virtude de trabalho, mas sim benefício previdenciário cujo ônus é da previdência social em razão de situação amparada pela legislação previdenciária. Assim, embora o benefício seja pago pelo empregador, este irá deduzir o montante das contribuições sociais devidas ao INSS.

A regulamentação de referido benefício vem disciplinada nos artigos 71 a 73 da Lei 8.213/91.

O artigo 71 da Lei 8.213/91 dispõe “o salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade”.

O artigo 71-A do mesmo diploma legal também garante o salário-maternidade à segurada da previdência social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver entre 1(um) e 4(quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4(quatro) a 8(oito) anos de idade.

6.4.4 Efeitos do recebimento do benefício salário-maternidade no contrato de trabalho

O artigo 7.º, inciso XVIII da Carta Constitucional de 1988, estabelece o direito da empregada à “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

Desta maneira, surgem para a empregada gestante:

a) o direito à estabilidade;

b) o direito à manutenção do salário integral durante o recebimento do benefício salário-maternidade;

c) o direito à licença de 120(cento e vinte) dias.

Em relação à empregada gestante, de início o empregador acabava dispensando-a quando do seu afastamento provisório em decorrência da maternidade sob o fundamento do revogado artigo 1229, inciso III do Código Civil de 1916, que dispunha que era justo motivo o locatário de serviço, dar por findo o contrato em decorrência de enfermidade ou qualquer outra causa que tornasse o locador incapaz para os serviços contratados.

Com a Consolidação das Leis do Trabalho, isso não foi mais possível, pois esta não coloca a ausência da empregada em decorrência de maternidade como justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, como se denota da leitura do artigo 482 do referido diploma legal, bem como dos demais dispositivos legais constantes da legislação trabalhista.

Tecidas essas considerações, menciona-se que a empregada gestante tem direito à estabilidade da data da confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto (art. 10, II, *b*, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias). Neste período, a empregada só poderá ser dispensada mediante justa causa.

Com relação a esta estabilidade, é preciso esclarecer que é consagrada, para que a empregada gestante tenha maior segurança de que terá seu emprego mantido por certo lapso de tempo, havendo a continuidade do recebimento de quantia suficiente para a sua mantença e de sua família.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a empregada gestante só tinha direito à estabilidade por meio de ação coletiva. No entanto, o artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho trazia em sua redação original o direito ao afastamento da empregada pelo período de 84 dias ou quatro semanas antes e oito semanas após o parto.

Ao tratar da estabilidade da gestante conferida pelos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 10, II, *b*) leia-se a data da "concepção" ao invés da data da "confirmação"[212]. A idéia é proteger a maternidade.

Rigorosa construção doutrinária e jurisprudencial foi formada a respeito da estabilidade da gestante. Observe-se que a obrigação do

---

[212] Concepção representa ato ou efeito de conceber um ser vivo. A confirmação significa momento segundo o qual é comprovado o estado gravídico da mulher. Em regra, a mulher só confirma a gravidez dias após a concepção. Como é o estado gravídico que dá direito à estabilidade, independentemente da mulher ter confirmado ou não a gravidez, havendo a concepção, há a estabilidade.

empregador é pautada em dados objetivos e não subjetivos. Fala-se em teoria objetiva quando a estabilidade da empregada gestante no emprego não depende da comprovação do seu estado gravídico perante o empregador. Subjetivamente (Teoria Subjetiva), a estabilidade só seria adquirida mediante comprovação pela empregada ao empregador, da gravidez. Há que prevalecer a teoria objetiva. Havendo o estado gravídico, a empregada tem direito à estabilidade. A esse respeito:

> ESTABILIDADE DA GESTANTE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DIREITO À INDENIZAÇÃO DO PERÍODO ESTABILITÁRIO - A meta estabelecida na alínea "b", II, do art. 10 do ADCT da CF, é a de conferir garantia objetiva de emprego à gestante desde a confirmação da gravidez. Com a expressão "confirmação", quis o legislador referir-se à data da concepção. Portanto, o escopo da norma é mesmo o de impedir a dispensa, sem justo motivo, da trabalhadora grávida. A responsabilidade da empresa é objetiva, pouco importando a ciência do empregador quanto ao fato, porque além da óbvia proteção à gestante, o maior bem jurídico tutelado é o nascituro, cujos direitos encontram-se preservados desde a concepção (art. 4º, CCB/1916, e art. 2º do NCC). A proteção objetiva que dimana da Lei Civil e da Constituição Federal, no caso da tutela à gestante e ao nascituro, marcha em perfeita harmonia com a teoria da responsabilidade em face do risco da atividade (art. 2.º da CLT). Com efeito, se alguém resolve desenvolver determinada atividade, deve assumir os riscos dessa iniciativa, decorrentes da contratação de mão-de-obra, afastamentos, acidentes, doenças profissionais, gravidez e outros. A estabilidade provisória da gestante não pode, assim, estar condicionada à comprovação de ciência, sob pena de se inviabilizar esse direito fundamental, cujo gozo dependeria sempre da boa-fé do empregador. A própria SDI do TST já consagrou a tese objetivista (OJ nº 88), sendo certo que, in casu, não se provou a existência de norma coletiva a impor a comunicação prévia. Ademais, qualquer previsão restritiva à estabilidade provisória da gestante estaria fulminada por vício de inconstitucionalidade. Por fim, em audiência, já tendo conhecimento do estado gestacional da reclamante, bem poderia a empregadora tê-la reintegrado, provando assim a

> sua boa-fé. Recurso a que por maioria se dá provimento. (TRT 2.ªR. - 00845200202202001-RO - Ac. 20040049056 - 3ª T - Rel. Juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros - DOESP 2.03.2004)

Ressalte-se que durante algum tempo perdurou entendimento no sentido de que havia a necessidade da confirmação da gravidez para que houvesse o direito à estabilidade e só após esta confirmação é que poderia se falar em estabilidade, não tendo a mesma efeito retroativo:

> GESTANTE. ESTABILIDADE. O texto constitucional estabelece o momento preciso a partir do qual - e só a partir dele - é assegurada a garantia de emprego à gestante: "confirmação da gravidez". Essa a condição que retira do empregador o direito de despedir, que é, portanto única e objetiva, precisamente definida. E uma coisa é estar confirmada a gravidez na data do despedimento, seja por exame médico, seja por atestado médico. Aí, o direito à estabilidade é indiscutível, pouco importando se o empregador sabia ou não do estado gravídico. Outra coisa, porém, é não estar ainda confirmada a gravidez na data do desligamento. Se não estava, nada impedia o despedimento. A confirmação só posterior ao despedimento não tem o efeito (retroativo) de anular o ato realizado validamente. (TRT2ª R. - RO - Ac. 3ªT 20030416633 - Rel. Eduardo de Azevedo Silva - DOESP 02.09.2003).

O entendimento jurisprudencial corrobora com os argumentos de que para ter direito à estabilidade, não importa a comunicação da empregada ao empregador do estado gravídico, embora não haja posicionamento pacífico no ordenamento jurídico brasileiro:

> GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. SALÁRIO. A responsabilidade pelo pagamento dos salários do período em que o emprego é garantido à gestante é de natureza objetiva, prescindindo de prova da comunicação da gravidez ao empregador. (TRT1ª R. - Proc. 00058-2004-012-01-00-0 - 4ª T. - Rel. Juiz José Carlos Novis César - DORJ 02.02.2005).

> SÚMULA TST n. 244 - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n. 88 e 196 da SDI-1)
>
> I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b" do ADCT). (Ex-OJ nº 88. DJ 16.04.2004)
>
> II - a garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. (Ex-Súmula nº 244. Res 121/2003, DJ 21.11.2003)
>
> III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (Ex-OJ nº 196. Inserida em 08.11.2000).
>
> O art. 10, II, *b* do ADCT confere estabilidade provisória à obreira, exigindo para o seu implemento apenas a confirmação de sua condição de gestante, não havendo, portanto, de se falar em outros requisitos para o exercício desse direito, como a prévia comunicação da gravidez ao empregador. Precedente da Primeira Turma desta Corte. Recurso extraordinário não conhecido. (STF - RE nº 259318/RS - 1ª T. Rel. Min.(a) Ellen Gracie - DJ 21.06.2002).

Realmente, a comunicação ou não da gravidez pela empregada ao empregador é irrelevante. Existindo a gravidez, já se configura hipótese descrita legalmente para a garantia do emprego.

Reclamando a estabilidade, a empregada gestante dispensada sem justa causa será reintegrada à sua atividade ou indenizada na forma da legislação trabalhista. A recusa em retornar à atividade implicará em renúncia à estabilidade.

> ESTABILIDADE PROVISÓRIA - DISPENSA DE EMPREGADA SEM O RESPECTIVO CONHECIMENTO DO ESTADO

> GRAVÍDICO - CONHECIMENTO POSTERIOR E COLOCAÇÃO DO EMPREGO À DISPOSIÇÃO PELO EX-EMPREGADOR, E A NÃO ACEITAÇÃO POR PARTE DA EX-EMPREGADA - RENÚNCIA IMPLÍCITA À ESTABILIDADE PROVISÓRIA - ART. 10, II, "B", DO ADCT - Quando o empregador desconhecia o estado gravídico da ex-empregada e, tomando ciência de tal fato, coloca o emprego à disposição, sem a respectiva aceitação por parte da ex-empregada, tem-se por implícita a renúncia à estabilidade, eis que a garantia do emprego é provisória contra a despedida arbitrária, hipótese inocorrente quando colocado o emprego à disposição. (TST - RR 152.074/94.7 - 3ª T. - Rel. Min. José Luiz Vasconcellos - DJU 03.10.1997)

Em caso de aborto não criminoso, ou seja, em caso de aborto legal ou espontâneo, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá repouso remunerado de 2(duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento (art. 395, CLT). Nesta situação, ocorre a interrupção do contrato de trabalho: o repouso, como a Consolidação das Leis do Trabalho menciona, é remunerado neste período, embora a empregada não exerça sua atividade laborativa.

O Decreto 3.048/99 estabelece no §5.º do artigo 93 que “em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas”.

Denota-se do corpo destes dispositivos legais que enquanto a legislação previdenciária considera o período de 2(duas) semanas conferido à empregada em caso de aborto não criminoso como “salário-maternidade”, a Consolidação das Leis do Trabalho o menciona como “repouso remunerado”.

Na verdade, considera-se aborto aquele ocorrido até a vigésima terceira semana de gravidez. Ocorrendo o aborto não criminoso, o período de duas semanas representa um salário-maternidade atípico.

Para MIGUEL HORVATH JÚNIOR, “no caso de aborto espontâneo (não criminoso), a segurada terá direito ao descanso de apenas duas semanas. Na realidade, este é outro tipo de benefício previdenciário, que o legislador denominou salário-maternidade, e que é, na realidade, um benefício inominado com características de auxílio-doença (incapacidade laboral total e temporária, decorrente da gravidez mal sucedida)”[213].

Ocorre que a gravidez e os efeitos dela decorrentes não podem ser considerados como doença. Ainda que ocorra aborto, este está relacionado ao estado gravídico e, em conseqüência, gerará todos os efeitos advindos deste estado, como garantia do emprego desde a data da gravidez até duas semanas após o aborto.

É preciso lembrar que essas duas semanas são garantidas pela legislação com o intuito de proteger o psicológico da mulher, bem como o dano ao corpo, em virtude do aborto sofrido e conferem estabilidade:

> RECURSO ORDINÁRIO - AÇÃO RESCISÓRIA - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE - ABORTO INVOLUNTÁRIO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 10, II, B, DO ADCT - NÃO CONFIGURAÇÃO - A garantia provisória de emprego à gestante, conferida pela norma constitucional, tem por objetivo principal a proteção da saúde e integridade física do nascituro e, em segundo plano, assegurar tranqüilidade à mãe que, nesse estado, encontra-se mais suscetível de alterações emocionais, que poderão interferir negativamente no desenvolvimento da criança, bem como garantir que a mesma possa ter condições de se manter, enquanto estiver cuidando do nascituro nos seus primeiros meses de vida. Regra geral, tal garantia permanece atrelada ao contrato de trabalho da empregada gestante, desde a

[213] HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-maternidade.** São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 119.

> confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto. Acontece, contudo, que a ocorrência de aborto involuntário constitui causa extintiva do direito à aludida estabilidade provisória, porquanto deixa de existir o objeto tutelado pela norma, gerando, em seu lugar, apenas a garantia de permanência no emprego por duas semanas após a interrupção da gravidez (art. 395, CLT). Recurso Ordinário desprovido. (TST - ROAR 765201/2001 - SBDI2 - Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes - DJU 27.08.2004)

Tomando como base a finalidade da estabilidade e do salário-maternidade, vê-se que a proteção legal e constitucional decorre do fato de que mãe e filho merecem proteção. Esta proteção surge para que a mulher não se veja desempregada e privando-se do mínimo vital nesse momento de necessidade, além do que precisará ausentar-se do emprego para amamentar o filho, recuperar-se do parto, ou adaptar-se em caso de adoção ou guarda judicial para fins de adoção. Como a proteção social não abarca apenas a criança, como também a mulher, o entendimento a ser adotado (embora não haja previsão legal), é o de que mesmo ocorrendo aborto não criminoso, a estabilidade é devida até duas semanas após a sua ocorrência, mas não até cinco meses após o aborto, pois não haverá necessidade da mulher ausentar-se para amamentar o filho.

As duas semanas devidas pelo empregador em caso de aborto da empregada, não resulta de auxílio-doença, mas da presunção de que a empregada merece repousar diante deste fato inevitável.

Após transcorrido o período de duas semanas de salário-maternidade (atípico) por motivo de aborto (em que o contrato é interrompido), pode ficar constatada doença relacionada ao aborto.

Se em virtude do aborto a empregada tiver necessidade de afastar-se do emprego em decorrência de complicações à saúde, terá direito ao auxílio-doença, desde que cumprida a carência de 12(doze) contribuições mensais (art. 25, inciso I, Lei 8.213/91) exigidas para as doenças comuns, ou seja, não acidentárias. Havendo danos psicológicos ou físicos a esta empregada, o empregador deve encaminhá-la à perícia do INSS, para possível recebimento de auxílio-doença. Se esta empregada for demitida neste período, antes mesmo ou até depois de ser encaminhada ao INSS, deverá ser reintegrada no emprego na hipótese de ter direito ao auxílio-doença desde data anterior à demissão. É preciso lembrar que em se tratando de doença o empregador se responsabiliza pelo pagamento dos primeiros quinze dias (quando ocorre interrupção contratual) e após o décimo-sexto dia, a responsabilidade pela proteção do risco social doença passa a ser da previdência social (suspensão contratual).

Caso a gestante venha a sofrer aborto a partir do 6.º mês de gestação (23.ª semana), a previdência social considera como se parto fosse, tendo a gestante o direito ao salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, além da garantia à estabilidade (desde a data da confirmação da gravidez até cinco meses após o aborto/parto):

> O desconhecimento da gravidez pelo empregador e, inclusive pela empregada, quando da ruptura do contrato de trabalho, não é óbice ao direito à estabilidade provisória da gestante, contemplada pelo art. 10, II, b, do ADCT, sendo suficiente a comprovação de que a gravidez ocorreu durante o pacto laboral. Ademais, o fato de a criança ter nascido morta não impede a aplicação do dispositivo mencionado, tendo em vista que houve efetivamente uma gestação e também o parto, não havendo porque falar em supressão da garantia em virtude do nascimento sem vida, mesmo que prematuro. O art. 395 da

> CLT se refere a aborto e não a natimorto. A garantia é devida para a mãe se recuperar do parto, não apenas para cuidar do nascituro. (TRT 10.ª R. – RO 2066/2002 – 3.ª T – DJV 11.10.2002).

Em sentido contrário, a seguinte jurisprudência com a qual não concordamos:

> EMPREGADA GESTANTE - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR - ABRANGÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL NA HIPÓTESE DE FETO QUE NASCE MORTO. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (OJ nº 88 da SDI-I). No caso concreto, em que o feto nasceu morto, deve ser deferida indenização correspondente ao período de licença, e não ao período da estabilidade, compreendidas todas as parcelas de natureza trabalhista - salário, férias, décimo terceiro, FGTS + 40%. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido. HORAS EXTRAS E REFLEXOS. O TRT consignou que a Reclamante não logrou demonstrar a prestação de horas extras. Óbice da Súmula nº 126/TST. Recurso de Revista não conhecido. (TST - RR-617.737/1999.7 - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula - DJU 11.03.2005).

A Lei n. 10.421/2002 estendeu o risco social protegido pelo salário-maternidade, garantindo proteção não só à gestante, mas também às mães adotivas e guardiãs. Silenciou, contudo, sobre a existência ou não de estabilidade das mesmas.

É ampliado o alcance da estabilidade assegurada pela Carta Constitucional de 1988, embora esta só tenha garantido a estabilidade em relação à gestante. Desta maneira, faz-se interpretação sistemática da norma constitucional, de forma a alcançar também a mãe adotiva e aquela que obtém guarda judicial para fins de adoção. Nada impede, no entanto, que

haja garantia de emprego a estas em decorrência de instrumento normativo originário de negociação coletiva (art. 7.º, inciso XXVI, CF).

A elucidativa obra de MIGUEL HORVATH JÚNIOR utiliza o princípio da norma mais benéfica para solucionar a questão:

> Entendemos que deve prevalecer a interpretação sistêmica da Constituição e que a estabilidade provisória da empregada deve ser ampliada para a adotante ou guardiã. Enquanto se aguarda a efetivação desta proteção, através de legislação ordinária, tal tema deverá ser objeto de cláusula de Convenção Coletiva, aplicando-se o princípio da norma mais benéfica ao trabalhador.[214]

Desta forma, tanto a mãe adotiva, quanto aquela que obtém guarda judicial para fins de adoção, devem ter a estabilidade de 5(cinco) meses após a adoção ou a guarda judicial.

Mesmo diante dos inúmeros questionamentos relativos ao benefício previdenciário denominado salário-maternidade, não resta dúvida de que é assegurado apenas à mulher. Por outro lado, a legislação trabalhista (CLT) prevê o salário-paternidade no art. 473, III, como causa suspensiva do contrato de trabalho. Mesmo assim, não há confusão, visto que o salário-paternidade - embora causa suspensiva do contrato de trabalho - tem natureza trabalhista e não previdenciária como em relação ao salário-maternidade.

No que se refere à previdência social, questiona-se o seguinte: caso o empregador dispense a segurada gestante durante o período de

---

[214] HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-maternidade...**, p. 142.

estabilidade, a quem incumbirá o pagamento do benefício previdenciário denominado salário-maternidade? O empregador pagará e poderá deduzir o valor do benefício das contribuições devidas junto ao Instituto Nacional do Seguro Social, ou torna-se responsável exclusivo pelo período de salário-maternidade com o despedimento da segurada?

No dizer de RAIMUNDO ALLY, "o salário-maternidade será encargo exclusivo do empregador quando houver a dispensa imotivada da gestante, cessação das atividades da empresa ou por falta patronal que dê ensejo à despedida indireta"[215].

No mesmo sentido, ALICE MONTEIRO DE BARROS destaca que "se o vínculo empregatício for rompido sem justa causa, o empregador será responsável pelo pagamento da licença de 120 dias (art. 95 do Decreto n. 357, de 1991), além dos ônus decorrentes da estabilidade provisória [...]"[216].

Desta feita, o empregador que despediu imotivadamente a gestante, passa a ser responsável direto pelo pagamento relativo ao período de estabilidade (da data da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto), o que inclui os 120(cento e vinte) dias que a gestante tem direito a título de salário-maternidade. Por isso, o INSS não arcará com o ônus deste benefício previdenciário nesta situação, já que passa a ser responsabilidade do empregador pela dispensa imotivada.

---

[215] ALLY, Raimundo Cerqueira. **Op. cit.;** p. 131.
[216] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**..., p. 839.

No que concerne à suspensão ou interrupção do contrato de trabalho durante o recebimento do salário-maternidade, interessante discussão se coloca.

Ora, já se disse que na suspensão o empregado não trabalha, não recebe remuneração e não está à disposição do empregador. Por outro lado, na interrupção, o empregado continua recebendo salário por parte do empregador, embora não esteja trabalhando, nem à sua disposição.

Ocorre a interrupção do contrato de trabalho por motivo de maternidade, embora esse entendimento não possa ser tomado como regra, vez que parte da doutrina entende que durante o recebimento do salário-maternidade ocorre a suspensão e não a interrupção do contrato de trabalho.

A dúvida com relação à suspensão ou interrupção do contrato de trabalho durante o recebimento do salário-maternidade surge justamente porque durante este período, continua o empregador a suportar ônus em virtude do contrato de trabalho.

Em que pese o fato do salário-maternidade ter natureza previdenciária, ao empregador surgem alguns deveres. Dentre eles, o de recolher contribuição previdenciária ao Instituto Nacional do Seguro Social no importe de 20% (vinte por cento) sobre a folha de pagamento da gestante durante o período de recebimento do salário-maternidade[217]. Havendo essa obrigatoriedade por parte do empregador, parcela da doutrina entende que no

[217] Não deveria haver contribuição relativa a este período, pois o salário-maternidade não possui natureza salarial. Efetuando este pagamento, o empregador deveria ter a possibilidade de dedução desta quantia.

período de recebimento deste benefício pela empregada gestante ocorre a interrupção do contrato de trabalho e não a suspensão do mesmo.

Na concepção de MAURÍCIO GODINHO DELGADO:

> De fato, todos os efeitos básicos da interrupção comparecem à presente situação trabalhista. Ilustrativamente, mantém-se a plena contagem do tempo de serviço obreiro para todos os fins (gratificações, se houver; 13.º salário; período aquisitivo de férias, etc.); mantém-se o direito às parcelas que não sejam salário condição; mesmo quanto a estas, se forem habituais, mantém-se a obrigação de seu reflexo no cálculo do montante pago à obreira no período de afastamento; preserva-se, por fim, a obrigação empresarial de realizar depósitos de FGTS na conta vinculada da empregada no período de licença (art. 28, Decreto n. 99.684/90).[218]

Assim, como se não bastasse o ônus a que o empregador está sujeito, é preciso também observar que durante o recebimento do salário-maternidade, o tempo de serviço é contado normalmente.

Ao elencar as causas que interrompem o contrato de trabalho, CESARINO JÚNIOR e MARLY CARDONE[219], MOZART VICTOR RUSSOMANO[220], estabelecem o recebimento do salário-maternidade como causa interruptiva.

Em entendimento contrário, MIGUEL HORVATH JÚNIOR considera que ocorre a suspensão parcial do contrato de trabalho nesse período, esclarecendo que:

> Entendemos que no caso do salário-maternidade, estamos diante de uma hipótese anômala ou atípica quanto à suspensão ou interrupção, posto que a partir do primeiro dia

---

[218] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho...**, p. 1073.
[219] CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito Social...**, v. I, p. 240.
[220] RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho...**, p. 133.

> de afastamento a empregada não tem direito ao salário, mas sim, ao benefício previdenciário, pois continua a haver recolhimento das contribuições previdenciárias, recolhimento do Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço – FGTS, contagem para fins de férias, de percebimento de 13.º salário e de tempo de serviço. Pode-se então concluir que o salário-maternidade para a segurada empregada acarreta a suspensão parcial do contrato de trabalho por determinação legal.[221]

ALICE MONTEIRO DE BARROS[222] entende que é caso de suspensão do contrato de trabalho, porque não há salário: a retribuição é paga pelo órgão previdenciário.

ALMANSA PASTOR[223] coloca o salário-maternidade como forma de suspensão do contrato de trabalho, comentando que o Estatuto dos Trabalhadores (art. 45.1.c) y d)), ao regular as causas de suspensão do contrato de trabalho incorre em erro ao assinalar entre a incapacidade laboral transitória as situações invalidez provisória e a maternidade da mulher trabalhadora.

ALBERTO JOSÉ CARRO IGELMO[224] também elenca o salário-maternidade como causa suspensiva e não interruptiva do contrato de trabalho.

Em que pese a existência de diversos posicionamentos sobre o assunto, o salário-maternidade interrompe o contrato de trabalho, não sendo possível falar-se em suspensão. O empregador continua tendo ônus em

---

[221] HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-maternidade...**, p. 140.
[222] BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho...**, p. 838.
[223] PASTOR, Jose Manuel Almansa. **Op. cit.;** p. 407.
[224] IGELMO, Alberto Jose Carro. **Curso de derecho del trabajo...**, p. 457.

relação ao empregado durante este período, o que representa hipótese configurada de interrupção contratual.

Fazendo um adendo acerca do comentário supra de ALMANSA PASTOR, é preciso destacar que a maternidade não é equiparada à doença. Diuturnamente, erro conceitual como esse acontece. É preciso sempre ter em mente que a suspensão ou interrupção do contrato de trabalho ocorre em virtude da maternidade, momento sublime amparado por questão de necessidade (amamentação, resguardo etc.) e não por motivo de doença.

A legislação brasileira também não considera a gravidez como doença, impedindo, inclusive, o recebimento conjunto do salário-maternidade e do auxílio-doença, nos termos do artigo 124, inciso IV, da Lei 8.213/91. Não se pode deixar de lado a possibilidade de complicações para a saúde da gestante em virtude da gravidez ou do parto, mas também se deve considerar que o estado gravídico não representa doença, mas situação transitória em que a mulher requer cuidados especiais.

Ainda com o intuito de proteção à gestante, o artigo 396 da Consolidação das Leis do Trabalho especifica que:

> Art. 396. Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6(seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um.
>
> Parágrafo único. Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

Compreende-se, assim, a real preocupação da legislação trabalhista brasileira em proteger a maternidade, garantido, inclusive, o período de amamentação.

CAPÍTULO 7 OUTROS EFEITOS GERADOS PELO RECEBIMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO CONTRATO DE TRABALHO

7.1 Efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários durante o aviso prévio

Antes de conceituar o denominado “aviso prévio”, é preciso destacar que sua origem no Direito Brasileiro remonta ao Código Comercial de 1850, segundo o qual vinha disciplinado que “não se achando acordado o prazo de ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contratantes poderá dá-lo por acabado avisando o outro da sua resolução com um mês de antecipação. Os agentes despedidos terão direito ao salário correspondente a esse mês, mas o preponente não será obrigado a conservá-lo no seu serviço”(art. 81).

O Código Civil de 1916, por sua vez, estabelecia no art. 1.221 (dispositivo correspondente ao artigo 599, *caput* do Código Civil de 2002) que “não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante aviso prévio, pode rescindir o contrato”.

Em continuidade ao entendimento de que há necessidade de aviso prévio, a Lei n. 62 de 5 de junho de 1935 também disciplinou em seu artigo 6.º, *caput*, que “o empregado deverá dar aviso prévio ao empregador com prazo mínimo de trinta dias, quando desejar retirar-se do emprego. A falta do aviso prévio sujeita-o ao desconto de um mês de ordenado ou do duodécimo do total das comissões percebidas nos últimos doze meses de serviço”.

A Consolidação das Leis do Trabalho (art. 487 e ss.) regulamentou a questão do aviso prévio, colocando que na falta de prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

a) 8(oito) dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;

b) 30(trinta) dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12(doze) meses de serviço na empresa.

Por aviso prévio entende-se a comunicação feita pelo empregador ao empregado de que não haverá mais a necessidade da prestação de seus serviços, dispensando-o do mesmo e concedendo ou indenizando o período relativo ao aviso. O empregado também deve conceder aviso prévio ao empregador quando não for dar continuidade à execução dos seus serviços, cumprindo o período de aviso ou pagando-o. Representa, pois, o termo final colocado ao contrato por prazo indeterminado.

VALENTIM CARRION esclarece que “os contratos por tempo indeterminado necessitam da comunicação antecipada à parte inocente, para evitar a surpresa da ruptura abrupta”.[225]

Assim, durante certo lapso de tempo denominado “aviso prévio”, o empregado poderá buscar novas chances no mercado de trabalho, resguardando-se para o futuro e procurando proteger-se contra a situação desemprego.

De igual modo, quando o aviso prévio é concedido pelo empregado ao empregador, este poderá buscar suprir a ausência deste empregado contratando outro ou reestruturando os postos de trabalho dentro do seu estabelecimento.

Saliente-se que a necessidade de aviso prévio existe apenas para os contratos por prazo indeterminado. Sendo determinado, o empregado e o empregador de antemão já estão cientes da data do seu termo, não podendo alegar prejuízo ou surpresa.

Concedido o aviso prévio pelo empregado, este fica ciente de sua condição e o empregador de seus direitos e deveres. O inverso também é verdadeiro. O dever de boa-fé entre ambos mantém-se inalterado nesse período. Salvo no caso de aviso prévio indenizado, o empregado continua a exercer sua função durante este período (aviso prévio) e o empregador o remunera por isso.

Na acepção de ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES:

---

[225] CARRION, Valentin. **Op. cit.;** p. 382.

> O aviso prévio – designação pela qual é também vulgarmente conhecido o prazo de antecipação a observar – é, por outro lado, um período em que a relação de trabalho se mantém de pé, agora que sujeita a termo resolutivo, permanecendo, por conseguinte, de modo integral, os direitos e obrigações recíprocos das partes[226].

Ao ser concedido aviso prévio pelo empregador ao empregado, o contrato por prazo indeterminado torna-se contrato por prazo determinado atípico. O empregado fica ciente do termo final do contrato, mas nem por isso desconsidera-se a suspensão e interrupção contratual nesse período. Imagine-se que durante o cumprimento do aviso prévio, o empregado fique doente, inválido etc. Qual o limite da responsabilidade do empregador diante de tal fato? Altera alguma coisa caso o aviso prévio tenha partido do empregado e não do empregador?

Como anteriormente abordado, durante o recebimento do benefício previdenciário pode ocorrer a suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, ressalvando as divergências doutrinárias a respeito.

Assinalam CESARINO JUNIOR e MARLY CARDONE que "se o aviso prévio tiver sido dado antes da suspensão do contrato é ele válido: os dias que tiverem fluído antes da suspensão são contados; paralisa-se a contagem durante a suspensão e recomeça ela após o seu término".[227]

Ao analisar a situação de doença ou acidente durante o aviso prévio, VALENTIM CARRION destaca que:

> O silêncio legal exige se atenda às circunstâncias de cada hipótese. A função social do instituto (propiciar nova ocupação

---

[226] FERNANDES, António de Lemos Monteiro. **Op. cit.;** p. 552.
[227] CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. **Direito Social**, v. I, p. 238.

> ao despedido) leva ao entendimento de que o prazo do aviso prévio interrompido recomeça após o restabelecimento do empregado, se a iniciativa do rompimento contratual partiu do empregador. [...] Se o aviso prévio partiu do empregado, deixa de ter objeto o prosseguimento da contagem após a doença, não só porque não há aquela conotação social da primeira hipótese, como também porque a realidade mostra que, após o prazo legal, a empresa normalmente já teve o prazo presumido para encontrar substituto".[228]

Nosso entendimento corrobora com o dizer de VALENTIM CARRION, no sentido de que ocorrendo a suspensão ou a interrupção do contrato de trabalho durante o aviso prévio, este terá sua contagem paralisada também, durante o recebimento do benefício previdenciário. Considerando que o aviso prévio tenha partido do empregado, cessado o benefício previdenciário não há que se falar em prosseguimento do período relativo ao aviso. Interpretando deste modo, chega-se à conclusão de que o prazo do aviso prévio só volta a ser computado após recebimento de benefício previdenciário quando tenha partido do empregador.

A Súmula do Tribunal Superior do Trabalho n. 371 confirma o mesmo entendimento:

> Súmula TST nº 371 - AVISO PRÉVIO INDENIZADO - EFEITOS - SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DESTE - (Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 40 e 135 da SDI-1) - A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário. (Ex-OJs nos 40 e 135. Inseridas respectivamente

[228] CARRION, Valentin. **Op. cit.;**, p. 388.

> em 28.11.1995 e 27.11.1998) (Súmula editada pela Resolução TST nº 129, DJ 20.04.2005).

Ainda suscita-se outro questionamento referente à aquisição de estabilidade em virtude de recebimento de benefício previdenciário durante o aviso prévio. As decisões concedidas pela jurisprudência pátria têm seguido o entendimento que não há que se falar em estabilidade se a situação que dá direito a esta surgiu no transcurso do aviso prévio:

> GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - AQUISIÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO - IMPOSSIBILIDADE - Assim como não se admite a concessão de aviso prévio durante o período de estabilidade (Enunciado nº 348 do C. TST), também não se reconhece estabilidade adquirida no curso do aviso prévio (Orientação Jurisprudencial nº 40 da SBDI-I do C. TST). Verificando-se, por exames laboratoriais constantes nos autos, que a concepção ocorreu no período em que a trabalhadora estava cumprindo aviso prévio, não há que se falar em estabilidade provisória. (TRT24ª R. - Proc. 0063/2002-003-24-00-4-RO.1 - Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior - DJMS 9.07.2003).
>
> ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AQUISIÇÃO NO PERÍODO DE AVISO PRÉVIO. INVIABILIDADE. A teor da Orientação Jurisprudencial nº 41 da SDI do c. TST, não se adquire estabilidade no curso do aviso prévio. (TJSC - RO-V 00022-2002-013-12-00-0 - Ac. 00273/2003 - 1ª T - Rel. Juiz Garibaldi T. P. Ferreira - DJSC 15.01.2003).

O mesmo entendimento é utilizado em relação ao aviso prévio indenizado:

> ESTABILIDADE GESTANTE – GRAVIDEZ OCORRIDA NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO – A estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT, veda a dispensa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. In casu, como a concepção ocorreu no período do aviso prévio indenizado, quando o contrato de trabalho já havia sido rescindido, não há a estabilidade pretendida, pois no momento da concepção a reclamante não era empregada da

> reclamada. Recurso não provido por unanimidade. (TRT 24.ª R. – Proc. 0941/2005-003-24-00-4RO.1 – Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza – DOMS 06.02.2006).

Assim, para que a gestante tenha direito à estabilidade, a empregada deverá comprovar que seu estado gravídico surgiu antes do aviso prévio:

> ESTABILIDADE À GESTANTE. COMPROVAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO ANTES DA COMUNICAÇÃO DO AVISO PRÉVIO. Ônus de prova da obreira. À obreira cabe comprovar robustamente nos autos que já se encontrava grávida quando da comunicação do aviso prévio. A certidão de nascimento não tem o condão de comprovar tal fato se, pelo lapso temporal entre a comunicação do aviso prévio cumprido e o nascimento da criança, verificar-se a possibilidade de ter havido um parto prematuro, no sétimo ou oitavo mês de gestação e, assim, a gravidez ter se iniciado após a comunicação do aviso prévio. A prova da gravidez iniciada antes do aviso prévio deve ser indubitável, cujo ônus cabe à empregada, nos termos do artigo 818 da CLT. (TRT1ª R. - Proc. 1910-2001-027-01-00-2 - 5ª T. - Rel. Juiz Antônio Carlos Areal - DORJ 25.02.2003).

Se este não fosse o entendimento mais adequado, ter-se-ia um grande problema de cunho prático, econômico e social a ser enfrentado. Prático, porque o empregador - que por algum motivo já não quer manter mais o vínculo empregatício com determinado(a) empregado(a) - se encontrará na situação de mantê-lo(a) empregado(a) por situação superveniente ao aviso prévio. Econômico, porque isso pode acarretar prejuízo ao empregador, em especial se estiver passando por algum momento de dificuldade no exercício da sua atividade econômica. E, finalmente, do ponto de vista social, poder-se-ía observar situações de fraude por parte do(a) empregado(a) que diante do aviso prévio forja uma situação de estabilidade com intuito de evitar sua dispensa.

Caso a situação que dá ensejo à estabilidade tenha ocorrido antes do recebimento do aviso prévio, este será desconsiderado, vez que não se trata de fato superveniente, mas de fato existente à época do aviso que, por esse motivo, nem poderia ter sido anunciado pelo empregador, sob pena de ter que indenizar o(a) empregado(a) na forma de lei.

Baseando-se na Orientação Jurisprudencial n. 64 e 142 da SBDI-2 do TST[229], o ministro RENATO DE LACERDA PAIVA, em outubro de 2006, manteve a ordem do TRT/RS de reintegração ao emprego de caixa do Banco Bradesco, portador de doença ocupacional, concedida liminarmente pelo juiz da Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul (RS). (ROMS-2.955/2005-000-04-00.2).

Não resta dúvida que caso o empregado demonstre que antes do aviso prévio já possuía doença ocupacional ou do trabalho, terá direito à reintegração no emprego. Aliás, nestas situações, mesmo que o acidente de trabalho tenha ocorrido no transcurso do aviso prévio, o empregado deve ser protegido, salvo má-fé.

A doença ocupacional ou do trabalho é de responsabilidade do empregador, que não pode ser esquivar de suas responsabilidades, e nem

---

[229] OJ n° 64: não fere direito líquido e certo a concessão de tutela antecipada para reintegração de empregado protegido por estabilidade provisória decorrente de lei ou norma coletiva.
OJ n° 142: inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei nº 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.

deixar de garantir a estabilidade do empregado em decorrência do aviso prévio. No mesmo sentido:

> ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. DOENÇA PROFISSIONAL COMPROVADA NO PRAZO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CARACTERIZADA. Hipótese em que o empregado teve confirmada a ocorrência de doença ocupacional, inerente às atividades profissionais exercidas, sendo que a sua incapacidade física foi constatada no prazo de projeção do aviso prévio indenizado. Não viola o artigo 487, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, decisão no sentido de condenar a reclamada a proceder à reintegração do obreiro no emprego, em face da nulidade do ato demissional, praticado quando o empregado estava protegido pela estabilidade acidentária. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é firme no sentido de reconhecer que a circunstância de o empregado ter entrado em gozo de auxílio-doença acidentário, em razão de doença ocupacional, no curso do aviso prévio não lhe retira o direito à estabilidade provisória prevista no artigo 118 da Lei 8.213/91, uma vez evidenciado o nexo de causalidade entre a doença e as condições da prestação dos serviços. Hipótese de incidência da Súmula nº 371 do TST, resultante da conversão das Orientações Jurisprudenciais de nºs 40 e 135 da SBDI-1. Correta a decisão da Turma que, diante da consonância verificada entre a decisão do Tribunal Regional e a jurisprudência predominante na Corte uniformizadora, deixa de conhecer do recurso de revista. Ileso o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Embargos não conhecidos. (TST - E-RR 7233782001 - SBDI-1 - Red. Min. Lelio Bentes Corrêa - 17.03.2006).

Situação diferente se dá com a gestante. Sua estabilidade só é conferida se a gravidez surgiu antes do aviso prévio, conforme mencionado neste tópico.

7.2 Efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários nos contratos por prazo determinado

A lógica do Direito do Trabalho permite verificar que os contratos por prazo determinado não representam o ideal almejado pela justiça laborativa.

Traz essa espécie contratual meio, segundo o qual, o empregador submete o empregado à sua subordinação durante certo lapso de tempo, não ficando adstrito à preservação e manutenção do pacto laborativo.

Contrato por prazo determinado – também denominado contrato a termo - é o contrato que, uma vez estabelecido entre as partes, já tem prazo certo para findar ou previsão aproximada de seu término, estando as partes (empregado e empregador) desde o início cientes disso.

O §1.º do artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que “considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”.

Assim, o contrato de trabalho está sujeito a:

a) Prazo prefixado ou

b) Execução de serviços especificados ou

c) Realização de certo acontecimento de previsão aproximada.

No caso de contrato com prazo prefixado, ao término do prazo do contrato - sem que haja qualquer possibilidade de prorrogação ou avença

entre as partes no sentido de torná-lo por prazo indeterminado - fica o contrato automaticamente extinto.

Sendo o contrato estipulado para execução de serviço determinado, o contrato é encerrado com o fim da execução do serviço.

Da mesma maneira, em se tratando do exercício de serviço para determinado acontecimento, o contrato acaba com a realização do acontecimento.

Esta espécie de contrato deve ter duração máxima de 2(dois) anos.

> Art. 445, CLT - O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451.

O artigo 451 da Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, preleciona que:

> Art. 451 - O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo.

Sendo assim, observa-se que o contrato de trabalho poderá ser renovado uma única vez, sob pena de transformá-lo em contrato por prazo indeterminado.

No entanto, até 1967 o prazo máximo para o contrato de trabalho era de 4 (quatro) anos. Nessa época, havia a determinação de que poderia ser prorrogado uma única vez, e, nesta situação, entendia a doutrina que poderia ser estendido por período igual a 4 (quatro) anos. O contrato duraria, então, 8 (oito) anos, o que representava equívoco doutrinário.

Hodiernamente, o contrato por prazo determinado é de dois anos no máximo. Assim, se o contrato for de um ano, poderá ser prorrogado uma única vez por mais um ano. Caso já tenha sido fixado em dois anos desde o início, não poderá haver qualquer prorrogação, já que o prazo máximo admitido pela lei fora utilizado.

Assinala MAURICIO GODINHO DELGADO que o contrato por prazo indeterminado "tem efeitos próprios e específicos se contraposto aos contratos a termo", destacando como efeitos "as repercussões da interrupção e suspensão do contrato; as repercussões das garantias especiais de emprego e estabilidade empregatícia; o número de parcelas rescisórias incidentes no instante da ruptura do contrato"[230].

Assim, nos contratos por prazo determinado, pela previsibilidade para seu término existente desde o início do contrato, o empregado não tem direito ao aviso prévio, nem à estabilidade. Desde o momento em que é efetivado existe um termo, data certa ou evento que coloca o contrato com um prazo ou momento certo para findar, não cabendo, sequer, falar-se em aviso prévio:

> CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO - AVISO PRÉVIO - NÃO-CABIMENTO - Pressupondo a realização de um serviço para o qual haja previsão aproximada de término ou a transitoriedade das atividades empresariais, de molde a justificar a predeterminação do prazo, incabível o aviso prévio no contrato por prazo determinado, salvo nos termos do art. 481 da CLT. (art. 487, caput, primeira parte) (TRT15ª R. - ROPS 01173-2002-008-15-00-4 - 4ª T. - Rel. Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita - DOESP 13.06.2003).

---

[230] DELGADO, Mauricio Godinho. **Contrato de Trabalho**: caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999, p. 42.

De antemão, o contrato por prazo determinado permite que o empregado possa planejar seu futuro. Não há falta de previsibilidade ou se preferir, não há o fator surpresa. A Consolidação das Leis do Trabalho prevê as hipóteses em que o contrato será por prazo determinado (art. 443, §1.º).

Vislumbram-se efeitos limitados ao contrato de trabalho por prazo determinado pela legislação trabalhista se comparados aos contratos por prazo indeterminado.

A lógica jurídica caminha no sentido de que o contrato de emprego elaborado em conformidade com o princípio da continuidade do emprego é mais abrangente e oferece maiores garantias ao empregado do que o contrato a termo, limitado pelo tempo ou pelo término da prestação de determinado serviço.

Suscitando alguns questionamentos sobre o contrato por prazo determinado e os efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho, urge tecer algumas considerações.

Primeiramente, convém destacar que as situações de suspensão e interrupção do contrato de trabalho mencionadas neste estudo podem ocorrer no transcurso do contrato por prazo determinado. O empregado está sujeito a ser acometido de contingências sociais que o impossibilitem de trabalhar, em virtude de doença, invalidez etc.

Ocorre que dentre as características peculiares que envolvem o contrato por prazo determinado, verifica-se a aparente impossibilidade de suspensão e interrupção desta espécie contratual, vez que estas hipóteses

são constatadas, em princípio, apenas nos contratos por prazo indeterminado.

Para que sejam admitidas a suspensão e interrupção nos contratos a termo, estas ficam limitadas ao período contratualmente estabelecido. Cessado o prazo do contrato, a suspensão ou interrupção não trará ao mesmo qualquer conseqüência, ficando o contrato encerrado.

Desta feita, não se pode aventar a possibilidade de prorrogação contratual em decorrência do recebimento de benefício previdenciário, por exemplo. Se assim fosse admitido, o empregador que efetuou o contrato por prazo determinado nos termos da lei, ficaria na mais completa insegurança.

De forma hipotética, imagine-se a situação de um empregado que, no transcurso de seu contrato a termo, fica doente, restando a incapacidade temporária para o exercício de sua atividade laborativa. Numa outra situação, poder-se-ia estar diante de invalidez ocorrida durante a execução deste contrato. Fica o empregador obrigado a esperar que esta doença seja curada ou que a invalidez acabe, para que só então possa definitivamente por fim a esta espécie contratual?

Em situação típica de contrato de trabalho por prazo indeterminado, este fica interrompido nos quinze primeiros dias e suspenso durante o período de recebimento do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Ocorre que a própria natureza do contrato de trabalho por prazo determinado não permite a ocorrência desta mesma situação.

Uma vez que a lei trabalhista possibilitou o contrato por prazo determinado, também considerou suas restrições, tais como a impossibilidade

do empregado exigir estabilidade, ou suspensão por prazo indeterminado por motivo de recebimento de benefício previdenciário.

A matéria, porém, não é singela.

De forma diversa, em caso de acidente de trabalho, ainda que o contrato seja a termo, deve-se entender que o empregador tem responsabilidade diante do acidente. Evidentemente, este tipo de acontecimento tem tutela especial pela Carta Constitucional ao garantir ao trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7.º, XXII) e pela Legislação Previdenciária, que garante ao segurado que sofreu acidente de trabalho, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, pelo prazo mínimo de doze meses, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente da percepção de auxílio-doença (artigo 118, da Lei 8.213/91). Portanto, outro não pode ser o entendimento senão o de que enquanto perdurar o afastamento do empregado por motivo de acidente de trabalho, fica suspenso o contrato de emprego, enquanto não findar os efeitos ocasionados pelo acidente. No mesmo sentido:

> CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO – ACIDENTE DO TRABALHO – PRESCRIÇÃO TOTAL - A jurisprudência desta corte tem admitido a prostração do termo final do contrato de trabalho por prazo determinado, na hipótese de superveniência de auxílio-doença decorrente de acidente do trabalho. Esse entendimento decorre do teor da segunda parte da Súmula n.º 371/TST, que dispõe: “No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário. (ex-OJ nº 135).” Adotando-se esse posicionamento, por analogia, à situação dos autos, a extinção do contrato de trabalho ocorreu no momento da expiração do benefício previdenciário, não

> havendo que se falar, por isso, em prescrição total. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (TST – RR-316/2002-007-04-00.4 – 2ª T – Rel. Conv. Juiz Márcio Ribeiro do Valle – DJU 14.06.2006)

A Consolidação das Leis do Trabalho parece demonstrar solução face esta possibilidade, ao estabelecer que nos contratos por prazo determinado, o tempo de afastamento, se assim acordarem as partes interessadas, não será computado na contagem do prazo para a respectiva terminação (art. 472, §2.º).

Entrementes, ALUYSIO SAMPAIO[231] entende que o parágrafo citado refere-se apenas ao afastamento do emprego em virtude de serviço militar ou outro encargo público, conforme enuncia o *caput* do artigo 472.

Sob este enfoque, fica descartada a possibilidade de suspender o prazo do contrato a termo em virtude de situação que ocasione suspensão ou interrupção do contrato por prazo indeterminado, salvo as hipóteses de serviço militar ou encargo público.

Já MAURÍCIO GODINHO DELGADO, ao comentar mencionado artigo, dispõe que o que a norma quis dizer foi que "inexistindo pactuação favorável efetuada pelas partes, o tempo de afastamento por suspensão ou interrupção será computado no prazo para a respectiva terminação do contrato"[232].

Este entendimento confirma que nos contratos a termo, do ponto de vista legal, o afastamento do empregado não representa óbice ao

---

[231] SAMPAIO, Aluysio. **Contratos de trabalho por prazo determinado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 60.

[232] DELGADO, Mauricio Godinho. **Contrato de Trabalho**: caracterização, distinções, efeitos..., p. 57.

transcurso do prazo estipulado pelo mesmo. No entanto, sendo estabelecido acordo entre empregado e empregador, nos termos do §2.º do art. 472, o tempo de afastamento do empregado não será computado na contagem do prazo para a respectiva terminação. Desta feita, há necessidade da manifestação volitiva das partes para que o afastamento do empregado não seja computado para término do contrato por prazo determinado.

Sob este enfoque, se as partes acordarem, o tempo em que o contrato esteve suspenso ou interrompido, não será computado no prazo estipulado para o término do contrato. Ao revés, ou seja, se não houver qualquer acordo nesse sentido, o contrato por prazo determinado é encerrado ainda que esteja sob o efeito da suspensão ou interrupção.

> ACIDENTE DO TRABALHO NO CURSO DE CONTRATO DE EXPERIÊNCIA - CONSEQÜÊNCIAS - Nos contratos de trabalho por prazo determinado no qual se inclui o contrato de experiência, os afastamentos do empregado, quer configurem interrupção ou suspensão do contrato, em nada alteram o término do referido pacto. A única exceção encontra-se capitulada no art. 472, § 2º da CLT. Se o acidente frustrou a empresa de avaliar o empregado, tal óbice poderia ter sido suprimido pela prorrogação legalmente permitida (art. 445, parágrafo único c/c art. 451, "caput", ambos da CLT). Inexistindo ajuste entre as partes para prorrogação do contrato de experiência, a prestação de serviços em continuação passa a vigorar por prazo indeterminado. (TRT2ª R. - AI 02310200390202005 - Ac. 20030313184 - 4ªT - Rel. Juiz Paulo Augusto Câmara - DOESP 04.07.2003)

Em entendimento diverso:

> CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. A ocorrência de acidente do trabalho no contrato a termo, dentre eles o de experiência, não enseja a garantia da manutenção do contrato de emprego de que cuida o artigo 118 da Lei 8.213/91, porque essa modalidade de contrato é incompatível com qualquer espécie de estabilidade,

em razão de o seu termo final já ser previamente conhecido pelas partes contratantes. (TRT3ª R. - RO 00967200510703000 - 5ªT. - Rel. Juiz. Emerson José Alves Lage - DJMG 11.03.2006)

RECURSO DE REVISTA - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO - ACIDENTE DE TRABALHO - ARTIGO 118 DA LEI 8.213/91 Na modalidade de contrato por prazo determinado, as partes já conhecem, com antecipação, a data do seu término, não tendo a ocorrência de fatos supervenientes o condão de prorrogar o período de trabalho ajustado. Desse modo, não há como estender a estabilidade provisória prevista no artigo 118 da Lei 8.213/91 àqueles que prestam serviços de natureza transitória. Recurso de Revista conhecido e desprovido. (TRT2 - RR-45.373/2002-900-02-00.2 - 3ªT - Relatora:Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi - DJU 04.03.2005)

INTERRUPÇÃO. SUSPENSÃO. PRORROGAÇÃO CONTRATO DE TRABALHO DE PRAZO DETERMINADO. GARANTIA DE EMPREGO DO ACIDENTADO. Nos contratos de prazo determinado as partes sabem de antemão quando o pacto irá terminar. Assim, se ocorre acidente do trabalho no seu curso, não há direito à garantia de emprego do artigo 118 da Lei 8.213. (TRT2ª R. - RO - Ac. 3ªT 20030441239 - Rel. Sérgio Pinto Martins - DOESP 02.09.2003).

CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO - ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA - INEXISTENTE - Ao firmar o contrato por prazo determinado o reclamante já sabia, antecipadamente, a data de sua extinção. Mesmo que ocorresse um fato superveniente, como o acidente de trabalho, esta circunstância não tem o condão de se sobrepor ao limite do contrato e assegurar a manutenção do emprego. Conclui-se, portanto, que o empregado dispensado em razão do término de contrato por prazo determinado, não tem direito à estabilidade provisória de que trata o art. 118, caput, da Lei 8.213/91. Recurso do reclamante a que se nega provimento. (TRT9ª R. - RO 10963-2003-008-09-00-4 - Ac. 02440-2005 - 4ª T. - Rel. Juiz Sergio Murilo Rodrigues Lemos - DJPR 01.02.2005).

Fazendo outra análise hipotética, verifica-se a situação de uma empregada gestante que, antes do período de recebimento do salário-maternidade, tem seu contrato de trabalho por prazo determinado extinto.

> GESTANTE. GARANTIA DE EMPREGO. CONTRATO A TERMO. A estabilidade provisória instituída constitucionalmente tem por escopo obstar a dispensa arbitrária ou sem justa causa em face do estado gravídico da obreira. A garantia prevista no art. 10, inc. II, alínea "b", do ADCT não se estende aos contratos a termo porque nestes não há dispensa, mas tão-somente extinção normal do pacto. (TRT12ª R. - RO-V 01111-2002-020-12-00-2 - Ac. 3ª T. 10727/03, 07.10.03. Proc. Unânime. Relª Juíza Lourdes Dreyer - DJSC 07.11.2003, p.193)

Sabe-se que o contrato por prazo determinado não dá à empregada direito à estabilidade. A dispensa, nesta situação, é plenamente possível e legalmente admitida. Mas a quem cabe o ônus de pagar o salário-maternidade: ao empregador ou ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS?

A Súmula do TST n. 260, cancelada pela Resolução do TST n. 121, DJ 19.11.2003, tinha na sua redação original vigente até 18.11.2003 o seguinte enunciado:

> SALÁRIO-MATERNIDADE - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA - No contrato de experiência, extinto antes do período de quatro semanas que precede ao parto, a empregada não tem direito a receber, do empregador, o salário-maternidade. (RA 8/86 DJU 31.10.86 - Republicado c/correção DJU 06.11.86)

Sendo o salário-maternidade benefício previdenciário, que teve custeio suficiente para o fim que almeja, não pode representar ônus ao empregador na situação aventada.

Caberá ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS efetuar o pagamento do salário-maternidade à empregada que teve extinto seu contrato de trabalho por prazo determinado.

Nesta hipótese, caso o empregador tenha eventualmente pago qualquer importância à empregada a título de salário-maternidade, tem direito à dedução deste valor sobre a contribuição previdenciária devida. Por conseguinte, não poderá o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS alegar que a concessão do salário-maternidade está condicionada à existência da relação de emprego. Em termos de estabilidade, esta não haverá. Mas a proteção previdenciária continua a existir independentemente da existência de vínculo empregatício, como será mencionado no subitem seguinte (7.3).

Para finalizar, cite-se a Súmula 244, III do TST que estabelece que "não há direito da empregada à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa".

7.3 Efeitos do recebimento dos benefícios previdenciários após o término da relação de emprego

Ao tratar da extinção do contrato de trabalho ALBERTO JOSÉ CARRO IGELMO, considera que "por extinción del contrato de trabajo entendemos,

pues, la cesación definitiva de la relación laboral. [...] algunos efectos de la relación desaparecida pueden subsistir durante un cierto tiempo"[233].

A cessação da relação de emprego configura-se, assim, como término do vínculo entre empregador e empregado, não subsistindo entre eles direitos e deveres recíprocos. Mas ainda que finda a relação empregatícia, é preciso destacar que alguns deveres entre as partes ainda são inerentes, como o dever de lealdade e boa-fé.

Mesmo que o contrato de trabalho tenha chegado ao fim, não dá ao empregado o direito de repassar informações sigilosas da empresa e nem ao empregador o de transmitir informações depreciativas a respeito do empregado.

Como se não bastasse, há ainda a possibilidade deste contrato de trabalho já encerrado, acarretar reflexos em decorrência do recebimento de benefício previdenciário.

No que se refere ao salário-maternidade, em que pese a grandiosidade deste benefício, pergunta-se se o mesmo é devido caso a mulher fique desempregada no momento da gestação.

Ao tratar do tema, MARLY A. CARDONE declara em relação à empregada que:

> Dispensada, ela não pode buscar no INSS o pagamento do salário-maternidade porque ela está titulada a ingressar com reclamação trabalhista para haver do empregador os salários

[233] IGELMO, Alberto Jose Carro. **Curso de derecho del trabajo...**, p. 466.

> de todo período de garantia de emprego, que abrange os 120 dias.
>
> Não fosse assim, a empregada teria o salário-maternidade do INSS e ainda os salários do período de garantia de emprego, o que geraria bis in idem.[234]

Nesse entendimento, em caso de dispensa, é o empregador o responsável pelo pagamento do salário-maternidade, como já mencionado nesta tese (subitem 6.4.4). Assim, o empregador, que não poderia ter dispensado sua empregada gestante por contar essa com estabilidade, agora será plenamente responsável pelo período de 120(cento e vinte) dias referentes ao benefício salário-maternidade.

Utilizando o argumento de que realmente o benefício salário-maternidade é de responsabilidade exclusiva do empregador, há que se questionar se este poderá reaver a quantia paga à empregada dispensada a título de salário-maternidade, sob a alegação de que o benefício tem natureza previdenciária e não trabalhista.

Como já mencionado no subitem 6.4.4, em caso de despedida sem justa causa pelo empregador, este arcará com a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade, mesmo este sendo um benefício previdenciário. Mas, caso estivermos tratando de contrato por prazo determinado que tenha chegado ao fim na data convencionada, a

---

[234] CARDONE, Marly A. Salário-maternidade na rescisão do contrato de trabalho: constitucionalidade do art. 97 do RePS. **Revista de Previdência Social**, v. 29, n. 291, p. 69-71, fev. 2005, p. 71.

responsabilidade pelo pagamento do benefício previdenciário é do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

O artigo 97 do Decreto 3.048/99, que estabelece que “o salário-maternidade da empregada será devido pela previdência social enquanto existir a relação de emprego”.

Em razão desse artigo, as discussões se prolongam. Imagine-se a situação da mulher que fica grávida estando desempregada. Não teria a mesma direito ao salário-maternidade? O Decreto regulamentador das Leis 8.212 e 8.213 de 24 de julho de 1991 parece ter ultrapassado seus limites, ao estabelecer restrições não amparadas pela legislação previdenciária. A Lei 8.213/91 deixa claro nos artigos 71 e seguintes a proteção concedida à gestante pela previdência social. Em momento algum houve a transferência de titularidade.

A questão, na verdade, não deve se reportar ao fato da gestante estar ou não desempregada, mas sim se detinha a qualidade de segurada no momento do recebimento do benefício.

A legislação previdenciária garante ao segurado o chamado período de graça. Durante este período concedido pelo artigo 15 da Lei 8.213/91, o trabalhador mantém sua qualidade de segurado independentemente de contribuição.

Nesta seara, a segurada, ainda que desempregada, terá direito ao salário-maternidade (vez que a perda da qualidade de segurada não ocorre de forma imediata) desde que preenchidos os requisitos legais.

A legislação previdenciária traz a proteção à segurada gestante, bem como à mãe adotiva, ou àquela que obtém guarda judicial para fins de adoção. Para que o benefício seja devido basta:

- ter a qualidade de segurada;

- apresentar a documentação exigida (atestado médico, caso o requerimento do benefício ocorra antes do parto; certidão de nascimento, caso o requerimento se dê após o parto e, em caso de adoção ou guarda judicial, a apresentação do termo judicial).

Havendo a qualidade de segurada - ainda que no período de graça - será devido o benefício. No mesmo sentido, a jurisprudência:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - SALÁRIO-MATERNIDADE - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - MANUTENÇÃO - ARTS. 71 E 26, VI, DA LEI N.º 8.213/91 - 1 - Presentes os pressupostos necessários à concessão do benefício, cabível o provimento antecipatório. 2 - Se a autora, quando do nascimento da criança, ainda mantiver a condição de segurada obrigatória, fará jus ao benefício de que trata o art. 71 da Lei n. 8.213/91, não obstante esteja desempregada. 3 - O inciso VI do art. 26 da Lei 8.213/91, ao dispor que o benefício de salário-maternidade é devido às seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica independentemente de carência, apenas está diferenciando a situação dessas seguradas em relação a das seguradas especiais e avulsas, para as quais, nos termos do art. 25, III, o salário-maternidade depende da comprovação de carência. (TRF4ª R. - AI 2003.04.01.007754-7 - RS - 5ª T. - Rel. Des. Federal A. A. Ramos de Oliveira - DJU 04.06.2003).

Em nota publicada no Informativo n. 235 do Superior Tribunal de Justiça acerca do salário-maternidade, a Corte Especial suspendeu a tutela antecipada que concedia o benefício do salário-maternidade com a dispensa

da prova do vínculo empregatício, ante o risco de lesão financeira aos cofres da previdência social, não obstante a legitimidade da reivindicação. E mais: alegou que há que ser considerado o esforço mensal dos que lutam para se manter vinculados ao seguro social público, os quais terão de pagar ainda mais caro com o aumento do número de novos beneficiários. (STJ - AgRg na SL 115-RJ - CE - Rel. Min. Edson Vidigal - Julgado em 16.02.2005)

Embora esse seja um entendimento recente, a regra da contrapartida[235] não poderá ser invocada, já que de antemão o sistema foi preparado segundo regras atuariais. A previdência social será responsabilizada pelo pagamento do salário-maternidade em caso de desemprego da empregada, se esta ainda tiver a qualidade de segurada..

Saliente-se que, mesmo o contrato sendo por prazo determinado, se encerrado antes do prazo estipulado, acarretará os mesmos efeitos do contrato por prazo indeterminado (artigo 481, CLT).

A realidade atual assiste também à questão do recebimento de benefício previdenciário por incapacidade após a cessação do vínculo empregatício. Se comprovado que a incapacidade laborativa (permanente ou provisória) surgiu na vigência do contrato de trabalho, e, em conseqüência, o empregado terá direito ao auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o empregador deverá readmitir o empregado, pois este não poderia ter sido dispensado mediante a existência de causa suspensiva ou interruptiva do contrato de trabalho.

---

[235] Art. 195, §5.º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Verificada que a incapacidade laborativa surgiu após o encerramento do contrato de emprego, não acarretará nenhuma conseqüência ao contrato extinto.

7.4 Efeitos do recebimento do benefício previdenciário para a contagem da prescrição qüinqüenal no Direito do Trabalho

O Estado visa regular eventuais conflitos que possam surgir entre os homens. Nesse diapasão, procura preservar a harmonia existente entre os indivíduos, fazendo da lei seu instrumento de justiça.

É por meio da lei que o Estado busca alcançar a segurança coletiva e o interesse social.

Desde os ensinamentos iniciais do Direito, aprende-se que a segurança jurídica impõe certos limites, não existindo, por conseguinte, direito eterno. O próprio interesse social se mostra contrário à eternização de determinados direitos.

Justamente por isso, a legislação pátria procura estabelecer limites temporais através dos institutos da prescrição e decadência. Tais limites devem ser considerados razoáveis: não muito curtos, a fim de que o titular do direito possa buscá-lo, nem muito longo, para que o devedor não fique numa eterna incerteza.

O tema “prescrição” possui multiplicidade de conceitos criados pela doutrina. Essa profusão de doutrinas trouxe várias definições de prescrição.

A similaridade existente entre os conceitos repousa no fato de que a prescrição ocorre quando alguém, que teve seu direito violado, deixa transcorrer o prazo previsto em lei para reclamar este direito da parte contrária através da ação.

O prazo prescricional começa a correr a partir do momento em que o interessado, podendo defender-se, não o faz. Por isso, diz-se que a prescrição ocorre pelo não fazer; pela indiferença do titular do direito; pelo transcurso do prazo para intentar uma ação. Não existe presunção de renúncia, nem de pagamento. O que existe é o transcurso do prazo de ação, sem a sua utilização pelo titular do direito.

Sob outro enfoque, é de notar-se que a sociedade é mais beneficiada pelo prazo prescricional. “É irrecusável que, nos efeitos da prescrição, está o prejuízo sofrido pelo credor negligente, que não dinamizou seu direito na época oportuna, trazendo, com essa conduta marcada de indiferença, más conseqüências para a vida coletiva, que tem interesse na pronta solução das divergências surgidas entre os indivíduos que compõem o grupo social”.[236]

A redação original do artigo 11 da CLT disciplinava que “não havendo disposição especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em

---

[236] RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no Direito Brasileiro...**, p. 560.

dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido".

Com o artigo 7.º, XXIX, da Carta Constitucional de 1988 ficou estabelecido como direito do trabalhador urbano e rural "ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho".

A atual redação da Consolidação das Leis do Trabalho traz dispositivo parecido, *in verbis*:

> Art. 11. O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve:
>
> I – em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;
>
> II – em dois anos, após a extinção do contrato, para o trabalhador rural.
>
> §1.º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social.

Em complementação, o artigo 119 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece o prazo prescricional de 2(dois) anos para o empregado propor ação para reaver a diferença, contados, para cada pagamento, da data em que o mesmo tenha sido efetuado.

Utilizando um ou outro artigo, a conclusão que se extrai é a mesma: o prazo prescricional se inicia do momento em que o direito já poderia ser exercido contra o devedor.

A prescrição acaba sendo considerada sucessiva, já que o tempo acaba diminuindo o direito do trabalhador. Cada mês que passa, representa um mês a menos para o pagamento da quantia devida.

O interesse do legislador foi o de resolver, num curto espaço de tempo, eventuais lides entre empregado e empregador. A própria sociedade clama por decisões mais céleres e por um Judiciário menos sobrecarregado.

Algumas situações legalmente consideradas impõem a suspensão ou interrupção do contrato de trabalho. Observe-se que nestas hipóteses o contrato de trabalho não foi extinto, tendo apenas alguns de seus efeitos temporariamente paralisados.

É de grande relevância entender qual a influência da suspensão ou interrupção no prazo prescricional do contrato de trabalho como decorrência do recebimento de benefício previdenciário.

A esse respeito, ARI PEDRO LORENZETTI se manifesta:

> Como regra geral, podemos dizer que a influência da suspensão do contrato de trabalho sobre o fluxo da prescrição vai depender da possibilidade de o trabalhador cobrar seu crédito durante o período em que as obrigações contratuais ficam suspensas. Se isso for compatível com a situação vivida pelo contrato, não há nenhum obstáculo ao curso normal dos prazos prescricionais. Não sendo possível exigir-se ou conceder-se o direito em tais circunstâncias, impõe-se definir a partir de quando o direito passa a ser exigível e, se já o era, quais os efeitos da suspensão sobre os prazos prescricionais em curso.[237]

[237] LORENZETTI, Ari Pedro. **A prescrição no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999, p. 139.

O artigo 47 da Lei 8.213/91 garante ao empregado aposentado por invalidez o retorno ao trabalho, depois de cessada a incapacidade que deu origem ao recebimento do benefício. A mencionada Súmula 160 do Tribunal Superior do Trabalho confirma esse entendimento (subitem 6.3.1.4).

Durante o recebimento do benefício aposentadoria por invalidez, o contrato de trabalho fica suspenso, não havendo prazo legal para que seja considerado definitivo. O contrato de trabalho continua a existir, embora tenha seus efeitos estacionados. Com igual razão, existe a suspensão do prazo prescricional durante os períodos em que o contrato se encontra paralisado.

A respeito do tema, as seguintes jurisprudências:

> Estando o contrato de trabalho suspenso em virtude de aposentadoria provisória, suspende-se também a contagem do prazo prescricional. (TRT – 3.ª R. – RO 14219/93 – Ac. 6.ª T, 18.11.93 – Rel. Juiz Carlos Alberto Reis de Paula).
>
> APOSENTADORIA PRESCRIÇÃO – A aposentadoria por invalidez acarreta tão somente a suspensão do contrato de trabalho, não havendo que se falar em ruptura ou extinção do mesmo, o que afasta a prescrição total bienal (TRT 3.ªR – RO 00519-2003-013-03-00-9 – 7.ª T – Rel. Juiz Paulo Roberto de Castro – DJMG – 25.09.2003).

Nesse sentido também, a decisão proferida em fevereiro de 2007, acerca da suspensão contratual por motivo de aposentadoria por invalidez. O ministro ALOYSIO DA VEIGA considerou o artigo 7.º, XXIX, da Constituição Federal, ao fixar o prazo para o ajuizamento de ação trabalhista, não alcança as ações promovidas por empregado que se encontra com o contrato de trabalho suspenso, já que não se opera rescisão do contrato de trabalho no tempo em que se afasta para usufruir o benefício previdenciário. A sexta

turma do Superior Tribunal do Trabalho decidiu que durante o curso da aposentadoria não flui prazo bienal nem qüinqüenal para ajuizamento de ação trabalhista. (RR1884/2001-111-03-00.4)

De acordo com a Orientação Jurisprudencial n.1, do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região:

> APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO BIENAL. A aposentadoria por invalidez é causa de suspensão do contrato de trabalho e impede a aplicação da prescrição bienal extintiva prevista art.7.º, XXIX, da Constituição da República".

Confirmando esse entendimento, o artigo 199, inciso I do Código Civil estabelece que não segue seu transcurso o prazo prescricional pendendo condição suspensiva. O artigo 125 do mesmo diploma legal dispõe que "subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa".

Em se tratando de recebimento de auxílio-doença não acidentário e do auxílio-doença acidentário (exceto acidente de trabalho) pelo empregado, é preciso observar que após o 15.º dia do afastamento ocorre a suspensão do contrato de trabalho.

A partir desta análise, confirma-se o entendimento de que o prazo prescricional fica suspenso durante o recebimento do auxílio-doença e qualquer outro benefício previdenciário que acarrete a suspensão do contrato de trabalho.

Em sentido contrário, observa-se o entendimento jurisprudencial oriundo do Tribunal Regional do Trabalho, 2.ª Região:

> PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. HIPÓTESE EM QUE NÃO OCORRE. CONTRATO DE TRABALHO. O afastamento do empregado em gozo de auxílio-doença não constitui causa interruptiva da prescrição para reclamar verbas trabalhistas concernentes ao período anterior ao afastamento, pois a suspensão do contrato de trabalho não implica suspensão do prazo prescricional, já que o direito de ação pode ser exercitado a qualquer tempo." (TRT2ª R. - 00852200006002008 - RO - Ac. 1ªT 20040154771 - Rel. PLINIO BOLIVAR DE ALMEIDA - DOE 20.04.2004)

> PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO QÜINQÜÊNIO PRESCRICIONAL COMO COROLÁRIO DA SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. INOCORRÊNCIA. O afastamento do trabalho com a percepção de benefício previdenciário pelo empregado, embora implique a suspensão do contrato de trabalho, não é impediente à contagem do prazo prescricional qüinqüenal, porque não corresponde à condição suspensiva citada no inciso I do artigo 199 do nupérrimo Código Civil, e adstrita, na interpretação dos dispositivos insertos no Capítulo III do Título I do Livro III do referido diploma legal, a cláusula derivada da vontade das partes, subordinando a eficácia do negócio à aquisição do direito. (TRT2 - RO 02476200205002000 - Ac. 20040719833 - 2ª T. - Rel. Juiz Mariangela De Campos Argento Muraro - DOESP 18.01.2005)

Interessante questionamento é aventado quando se trata de benefício previdenciário concedido em conseqüência de acidente de trabalho.

No caso de auxílio-doença decorrente de acidente de trabalho ocorre a interrupção do contrato laboral e, ainda que este tenha seus efeitos temporariamente paralisados, o artigo 4.º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho prescreve que “computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de auxílio-doença”.

A jurisprudência atual diverge do entendimento de que o recebimento do benefício previdenciário suspende a prescrição qüinqüenal. Em decisão proferida em julho de 2006 pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (AIRR- 45.160/2002-900-02-00.0) no julgamento de recurso envolvendo a Companhia Siderúrgica Paulista (Cosipa) e um ex-empregado, a ministra MARIA CRISTINA PEDUZZI argumentou que "não se divisa afronta ao artigo 4.º, parágrafo único, da CLT, que prevê o cômputo do período em que o empregado está afastado do trabalho por motivo de acidente de trabalho no tempo de serviço apenas, nada versando sobre prazo prescricional", ressaltando ainda que "a matéria de prescrição é de ordem pública, estando todas as suas possibilidades devidamente indicadas nos dispositivos legais e constitucionais". Para a ministra, como não há dispositivo legal expresso no sentido de que durante o recebimento do auxílio-doença fica suspenso o prazo prescricional, logo a suspensão do prazo relativo à prescrição não ocorreria.

Nesse sentido:

> SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO X SUSPENSÃO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL - A interrupção ou a suspensão do contrato de trabalho decorrente de acidente do trabalho não constitui, automaticamente, causa impeditiva, suspensiva ou interruptiva da contagem do prazo prescricional. Isto, porque a lei não considera que o afastamento, por infortúnio trabalhista, encerra, por si, indicativo de restrição do titular do direito no que concerne à defesa de seus próprios interesses. Note-se, que, para tanto, exige-se a prova da incapacidade do trabalhador, ainda que transitoriamente, de pessoalmente exercer os atos da vida civil (art. 3º, inciso III, do CCB c/c art. 198, I, do mesmo diploma legal), o que não se tem notícia nestes autos. Muito ao contrário, não obstante o contrato de trabalho ainda se encontre suspenso, o reclamante ajuizou a

> presente ação, em defesa de seu direito. Não é fastidioso lembrar a regra contida no art. 4º, parágrafo único, da CLT, de que computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho [...] por motivo de acidente do trabalho. Assim, ainda que o contrato de trabalho se encontre suspenso, tem-se garantida a contagem do tempo correlato como de serviço, o que, também, afasta a pretensão obreira de se desprezar este lapso temporal para efeito da prescrição. (TRT3ª R - 00773-2003-034-03-00-8 RO - 7ª T - Rel. Juiz Bolivar Viegas Peixoto - DJMG 06.04.2004)

Em entendimento contrário, e seguindo nossa linha de pensamento, o Relator JOSÉ SIMPLICIANO FERNANDES, em decisão do Tribunal Superior do Trabalho de junho de 2006 entendeu que:

> Estando suspenso o contrato de trabalho, em virtude de o empregado haver sido acometido de doença profissional, com percepção de auxílio-doença, opera-se igualmente a suspensão do fluxo do prazo prescricional. (RR-424/2001-069-09-00.5).

Em que pese a jurisprudência supra, mesmo sendo computado como tempo de serviço o período de afastamento do empregado por acidente de trabalho, não há que se falar em prescrição do prazo para interpor ação. Este encontra-se paralisado juntamente com o contrato de trabalho.

Observe-se que a suspensão do prazo prescricional dá-se tanto em relação ao direito de ação, como em relação aos direitos materiais.

A título exemplificativo, a suspensão do contrato de trabalho em decorrência de recebimento benefício previdenciário pelo empregado, como o auxílio-doença, impede que o mesmo tenha férias ou as exija do empregador. Mesmo que transcorrido o prazo estipulado pela legislação trabalhista para que o empregado possa gozar das férias (art. 134, CLT) sob pena de esta ser

exigida em dobro, o empregador não será compelido a pagá-la em dobro (art. 137, CLT), vez que o contrato encontrava-se suspenso.

O artigo 149 da Consolidação das Leis do Trabalho enuncia que “a prescrição do direito de reclamar a concessão de férias ou o pagamento da respectiva remuneração é contada do término do prazo mencionado no art.134 ou, se for o caso, da cessação do contrato de trabalho”. Veja-se: a legislação fala “ou após a cessação do contrato de trabalho”, deixando claro que se este estiver suspenso não está extinto. Apenas após a extinção do contrato ou do término do prazo do artigo 134 da legislação trabalhista poder-se-á falar em início da contagem do prazo prescricional.

Desta feita, só poderá o empregado exigir suas férias após seu retorno à atividade anteriormente exercida, quando o contrato de trabalho volta a seguir seu curso normal.

Destaque especial deve ser dado ao artigo 133, inciso IV, CLT anteriormente mencionado (subitem 6.3.2.3 e 6.3.3.2) que considera que não terá direito a férias o empregado que, no curso do período aquisitivo tiver percebido da previdência social prestações de acidente de trabalho ou de auxílio-doença por mais de 6(seis) meses, embora descontínuos.

Nesta hipótese, a soma dos períodos pagos pela previdência social a título de auxílio-doença ou acidente de trabalho, reduzirão a duração das férias caso ultrapassem o período de 6(seis) meses. Assim:

> Se o empregado fica afastado por mais de seis meses, perde o direito às férias no ano de aquisição correspondente (TST, RR 5.369/85, Marcelo Pimentel, Ac. 2.ª T. 919/86).

Este artigo terá influência durante o período aquisitivo de férias. Caso o empregado já tenha passado pelo período aquisitivo e receba o benefício previdenciário, será indiferente a suspensão do contrato de trabalho em relação a este período, lembrando que só será possível exigir este período aquisitivo após cessar a suspensão do contrato de trabalho.

Durante o período concessivo, a suspensão do contrato de trabalho acaba suspendendo este período. Caso a suspensão do contrato ocorra após o período concessivo, dúvidas poderão surgir com relação ao transcurso do prazo prescricional. Ao tratar deste tema, ARI PEDRO LORENZETTI destaca que:

> Com relação às férias cujo período concessivo já tenha sido ultrapassado, quando da superveniência da suspensão contratual, enquanto durar esta, também não se pode falar em prescrição. Poder-se-ia pensar que aqui também não cabe a suspensão do prazo prescricional, porquanto não há lei que a preveja.[238]

A lógica é simples: a suspensão do contrato de trabalho paralisa o prazo prescricional, ainda que já ultrapassado o período concessivo para as férias. Mas, como o período concessivo já foi ultrapassado, a suspensão do prazo prescricional garante que as férias serão devidas em dobro.

Não se trata da prorrogação do prazo para o empregador, mas sim a dilação do prazo para que o empregado possa exigir um direito que lhe foi legalmente assegurado.

> PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO. Contrato de trabalho suspenso por motivo de doença. O efeito suspensivo

[238] LORENZETTI, Ari Pedro. **Op. cit.;** p. 140.

> das obrigações contratuais remonta a motivos de ordem prática e humana, deles não se dissociando a aferição do prazo prescricional que vincula, tal como o contrato, uma atitude comissiva, uma atividade que exige ação do sujeito de direito. Se o contrato não está em vigor, não pode ser extinto e, como tal, também não se pode computar o prazo prescricional previsto no art. 7.º, XXIX, da CF/88, que guarda limite de dois anos após a extinção do contrato (que está suspenso). Paralisado no tempo o contrato de trabalho, igualmente fica paralisada a fluência da prescrição por força suspensiva prevista no art. 199, I, do Código Civil. A prescrição parcial não é contada do ajuizamento da ação, mas da data do afastamento. (TRT2ª R. - RO 00693200400202004 - 6ª T. - Ac. 20060256960 - Rel. Juiz Rafael E. Pugliese Ribeiro - DOE 05.05.2006)

Em que pese todos os argumentos, é preciso considerar que a interpretação da norma jurídica deve ser a mais favorável ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de emprego.

Não é razoável exigir que o empregado que está com seu contrato suspenso, principalmente em decorrência de incapacidade, exercite seu direito de ação nesse período. Essa medida é totalmente contrária ao artigo 5.º, XXXV da Carta Constitucional de 1988, que prevê o direito de ação (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito).

Destaca-se, portanto, o entendimento em relação ao prazo prescricional: enquanto se falar em causa de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, não há que se falar em prazo prescricional. Neste período, o contrato tem seus efeitos paralisados. Com razão, paralisa-se também a possibilidade de prescrição.

Do contrário, haverá evidente prejuízo ao empregado, que merece proteção ainda mais especial nestas situações em que involuntariamente precisou afastar-se do emprego (invalidez, doença etc.).

No que se refere à aposentadoria espontânea (por idade, por tempo de contribuição e especial), como não há interrupção nem suspensão contratual, mas a extinção do contrato, o prazo prescricional para reclamar eventuais verbas rescisórias é computado a partir da concessão do benefício.

Relevante questão ligada à prescrição no Direito do Trabalho surge no caso do contrato de trabalho ser considerado extinto com a aposentadoria e o empregado, mesmo assim, continuar a exercer sua atividade. Nesta hipótese a prescrição terá início no dia seguinte ao da concessão do benefício aposentadoria ou apenas após a cessação do último vínculo empregatício iniciado após o deferimento do benefício previdenciário?

A Súmula 156 do TST estabelece que “da extinção do último contrato é que começa a fluir o prazo prescricional do direito de ação objetivando a soma de períodos descontínuos de trabalho”.

Desta forma, mesmo a concessão da aposentadoria voluntária implicando em extinção do contrato de trabalho, o prazo prescricional só será iniciado após a extinção do último contrato, caso o(a) empregado(a) continue trabalhando na mesma empresa.

Seguindo a linha de indagações acerca da prescrição, vislumbra-se a situação da gestante que não requer sua estabilidade em tempo considerado hábil. Nesta situação, o período prescricional é limitado ao período de estabilidade, ou seja, a gestante poderá requerer sua estabilidade desde que o ajuizamento da ação ocorra até cinco meses após o parto. Transcorrido esse período, a gestante não terá mais estabilidade.

A jurisprudência corrobora no mesmo sentido:

> GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. RETARDAMENTO NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. A empregada, deixando de postular o direito à estabilidade gestante após ultrapassado o período estabilitário, esvazia o objetivo social da norma da Constituição da República, que é o de garantir à gestante o emprego, assim como os cuidados com o seu filho. Contudo, na presente hipótese, observa-se que a reclamante postulou o direito antes de expirado o período estabilitário, ou seja, antes de vencido o quinto mês após o parto. Logo, devida a indenização pela estabilidade provisória, limitada, entretanto, ao período posterior ao ajuizamento da ação, até 5 (cinco) meses após o parto. Recurso de Revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento parcial. (TST - RR 494355 - 5ª T. - Rel. Min. João Batista Brito Pereira - DJU 09.05.2003)
>
> RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - AUSÊNCIA DA COMUNICAÇÃO DA GRAVIDEZ NO ATO DA DISPENSA - AÇÃO PROPOSTA APÓS O PERÍODO ESTABILITÁRIO - Ajuizada a ação trabalhista dentro do prazo prescricional bienal (art. 7º, XXIX, da CF/88), mas após o término do período de estabilidade, não é devida a reintegração, mas é devido o pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade, desde a data da despedida até o final do período estabilitário (Súmulas nºs 244 e 396/TST). Recurso de revista conhecido e provido. (TST RR 56664/2002-900-04-00.5 - 5ª T. - Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga - DJU 11.11.2005)
>
> EMPREGADA GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - RENÚNCIA - A demora em movimentar a máquina judiciária erige-se em renúncia pela obreira a garantia de emprego que a lei lhe outorgou, posto que deixa antever o intuito único de auferir os salários do período, desvirtuado a finalidade do instituto, que é a manutenção do emprego à gestante e não a indenização. (TRT10ª R. - RO 3.936/96 - 3ª T. - Rel. Juiz Marcos Roberto Pereira - DJU 21.11.1997).

Não há que se falar, então, em prazo prescricional de dois anos a partir da cessação do contrato de trabalho para a gestante requerer sua estabilidade.

Essa regra supra mencionada é aplicada apenas na esfera trabalhista. No Direito Previdenciário o prazo para a empregada requerer o salário-maternidade prescreve em 5(cinco) anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela previdência social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes (parágrafo único do artigo 102 da Lei 8.213/91).

Finalmente, é preciso observar que o empregado pode demorar a receber seu benefício previdenciário auxílio-doença por falta da Comunicação de Acidente de Trabalho pelo empregador e, mesmo assim, ter seu contrato e prazo prescricional suspensos. Entende-se que o empregado não pode e nem deve pagar pela falta do empregador. Desta forma, o prazo prescricional é paralisado:

> EMBARGOS ATO CONTRÁRIO AO DIREITO NÃO-EMISSÃO DA CAT SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO 1. Na hipótese dos autos, a Reclamada, embora ciente da doença profissional e não tendo emitido a CAT, sustenta que está prescrita a pretensão do Reclamante, já que o contrato de trabalho teria sido extinto anteriormente à percepção do auxílio-doença, não se configurando, pois, hipótese de suspensão prescricional. 2. A não-emissão da CAT, quando deveria fazê-lo, não pode elidir o exercício do direito da parte contrária. Decerto, um direito assegurado em lei deve ser garantido e afirmado pelo Poder Judiciário, não podendo sofrer abalos pela prática de ato atentatório ao direito pela parte oposta. Pensar o contrário resultaria em aceitar que a facticidade pode ser empregada como critério para enfraquecer a força do direito, retirar-lhe sua carga deontológica, tornando-o um instrumento maleável conforme os interesses da parte que agiu contra o próprio direito. 3. O exercício do direito do Reclamante não pode ficar condicionado a atuação da parte contrária. Isso é contrário à teleologia da norma que instituiu o auxílio-doença e ao princípio protetivo do direito do trabalho. 4. Assim sendo, uma

> vez ciente da doença profissional do Reclamante, conforme descrição do Tribunal a quo, suspenso está o contrato de trabalho e, por conseguinte, o prazo prescricional. Embargos não conhecidos. (TST - E-RR 47349119980 - SBDI-1 - Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi - DJ 26.05.2006)

Como se denota, o contrato é considerado suspenso desde o momento em que o empregador fica ciente da doença profissional ou do trabalho do empregado.

CONCLUSÕES

1 - Na trajetória evolutiva, o Direito é visto como processo de construção social, tendo seus ideais voltados para a busca do bem-estar e justiça sociais, com o conseqüente desenvolvimento econômico.

2 - Com assento nas colocações efetuadas, a Doutrina Social da Igreja, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos tiveram papel primordial na busca da proteção social.

3 - A questão social induziu os trabalhadores a reivindicações, formando uma consciência da classe de trabalhadores que buscava por melhores condições de trabalho.

4 - Com a Revolução Francesa, o trabalhador ganhou o título de "cidadão", representando grande importância no contexto social, já que até então era visto como economicamente fraco e socialmente excluído. O trabalhador passou a ter vez, voz e lugar nos diferentes planos da sociedade;

5 - A formação do Direito Social esteve intimamente ligada à conquista da liberdade do trabalhador, que pode, a partir de agora, reivindicar direitos.

6 - A Revolução Industrial trouxe um momento de produção acelerada. No entanto, tamanha evolução técnica criou abismo ainda maior entre trabalhadores e patrões. É nessa época que os grandes riscos sociais começam a se manifestar diuturnamente.

7 - O "risco social" é verificado quando a população não possui um padrão mínimo de segurança e se vê diante de certo acontecimento capaz de abalar ainda mais a estrutura social, aumentando certas necessidades

sociais. Era necessária a intervenção do Estado para que os riscos sociais fossem cobertos e as pessoas carecedoras de proteção fossem protegidas.

8 – Os riscos sociais são classificados em: risco por desgaste físico e/ou psicológico natural; risco por necessidade de complementação da renda familiar; risco de proteção familiar; risco por incapacidade laborativa. A previdência social tem importante papel nesta cobertura.

9 - Da breve análise histórica do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, extrai-se que a sociedade evoluiu do regime do paterfamilias, ao cultivo da terra, chegando ao homem da indústria. O trabalho ganha destaque, mas merece proteção.

10 - Através do trabalho a sociedade obtém o desenvolvimento necessário. Proteger o trabalhador significa acelerar a máquina econômica e garantir a proteção social devida.

11 - Embora o Direito seja considerado em sua unicidade, algumas divisões didáticas foram realizadas pela doutrina com intuito de facilitar o estudo do todo.

12 - Nos dias atuais, o Direito Previdenciário é visto como ramo do Direito Público autônomo e ganhou destaque à medida que a figura do trabalhador passou a ser elemento essencial da sociedade. Essa disciplina do Direito - que até então era inserida no âmbito de atuação do Direito do Trabalho - agora é vista de forma apartada. Nesta seara, é evidente a autonomia existente entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário.

13 - Embora em alguns momentos o Direito Previdenciário acarrete efeitos no Direito do Trabalho através da concessão de benefícios

previdenciários, representam institutos autônomos, pois refletem relações jurídicas distintas.

14 - O âmbito de atuação da previdência social é maior se comparado com o da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, pois a mesma protege os segurados obrigatórios (todos aqueles que exercem atividade remunerada) e seus dependentes, bem como o segurado facultativo. A legislação trabalhista, por sua vez, restringe seu campo de proteção ao empregado, excluindo os demais trabalhadores do seu manto protetor. Desta forma, o empregado doméstico, o trabalhador avulso, o contribuinte individual, o segurado especial e o segurado facultativo, são amparados apenas pela legislação previdenciária;

15 - A falta de discussão das cláusulas contratuais no contrato de trabalho, bem como a imposição das mesmas pelo empregador, conferem a este contrato a natureza jurídica de contrato de adesão;

16 - O Direito do Trabalho protege a relação de emprego. Ao definir esta relação, é preciso ater-se às características principais desta: pessoalidade, dependência e remuneração do empregado em relação ao empregador, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 3.º);

17 - Caracterizada a relação de emprego, o empregador é responsável pelo pagamento de alguns benefícios previdenciários, como salário-maternidade e salário-família, que serão deduzidos das contribuições sociais devidas pelo empregador ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e o auxílio-doença relativo aos quinze primeiros dias de afastamento do empregado, lembrando que, neste caso, o recebimento dos primeiros quinze

dias tem natureza trabalhista, já que o benefício previdenciário surge para o empregado apenas após o décimo sexto dia.

18 – O contrato de emprego é baseado no princípio da continuidade e, por isso, o Direito do Trabalho privilegia os contratos por prazo indeterminado. Ocorre que no decorrer deste contrato pode haver a descontinuidade executiva em decorrência do recebimento de benefício previdenciário, o que acarretará conseqüências no contrato individual do trabalho, como a suspensão ou interrupção do mesmo.

19 – A suspensão do contrato de trabalho representa período segundo o qual o empregado não trabalha, não recebe salário, mantendo-se intacto o vínculo empregatício. Ao revés, a interrupção contratual significa que embora o empregado não esteja desenvolvendo sua atividade laborativa, o empregador continua sendo responsável pelo pagamento do seu salário, efetuando, inclusive, depósito no FGTS.

20 - Durante o período de paralisação do contrato de trabalho em virtude de suspensão ou interrupção, pode haver demissão por justa causa do empregado, ficando os efeitos desta suspensos, até que o contrato volte a seguir seu curso normal.

21 – O recebimento dos benefícios pensão por morte e salário-família, em nada afetam o contrato de trabalho, não o suspendendo, interrompendo ou extinguindo.

22 – Com relação ao beneficiário do auxílio-reclusão, que é o dependente do segurado, o recebimento do benefício não acarreta qualquer efeito no contrato de trabalho.

23 - No caso de prisão do empregado (que não é beneficiário direto do auxílio-reclusão), o contrato de trabalho fica suspenso durante a prisão não definitivamente julgada, embora não haja dispositivo legal a respeito. No entanto, a própria prisão do empregado é considerada motivo determinante para a rescisão contratual (art. 482, *b*, CLT), embora a Consolidação das Leis do Trabalho só a preveja em caso de sentença penal condenatória (art. 482, *d*, CLT).

24 – Sendo pleiteada a aposentadoria espontânea (por idade, aposentadoria por tempo de contribuição ou aposentadoria especial) pelo empregado, e tendo o benefício concedido pela previdência social, ocorre a extinção do contrato de trabalho, o que acarreta na inexigibilidade do aviso prévio e da multa sob o FGTS ao empregador. O empregado aposentado estará protegido pela previdência social, recebendo benefício previdenciário substitutivo do salário.

25 – A concessão dos benefícios aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição não impedem a continuidade do exercício de atividade remunerada pelo empregado. O novo contrato de trabalho terá início no dia seguinte ao da concessão da aposentadoria voluntária.

26 - No caso de aposentadoria especial, o empregado não poderá mais desempenhar a atividade laborativa que antes desenvolvia, em virtude das condições prejudiciais à saúde que pode acarretar. No entanto, poderá exercer outra atividade, que não implique em aposentadoria especial.

27 - A aposentadoria compulsória também extingue o contrato de trabalho, equivalendo, no entanto, à despedida sem justa causa.

28 - Em se tratando de aposentadoria por invalidez, cessando o benefício, o empregado tem direito a retornar ao seu emprego, mesmo transcorridos mais de cinco anos (Súmula 160 do TST), o que marca a provisoriedade do benefício, bem como a obrigatoriedade do empregador recebê-lo novamente, sob pena de ter que indenizar o empregado na forma da lei. Durante o recebimento da aposentadoria por invalidez, o contrato de trabalho encontra-se suspenso, ficando o empregador impossibilitado de rescindi-lo. Em caso de fechamento do estabelecimento, o empregador poderá rescindir o contrato de trabalho suspenso, devendo indenizar o empregado na forma da lei.

29 – O empregador deve efetuar o pagamento das verbas salariais pendentes no momento da suspensão contratual, sem que isso represente extinção do vínculo empregatício.

30 – Verificando o caráter irreversível da incapacidade laborativa do segurado, o perito do INSS deve considerá-la definitiva.

31 – Pode existir invalidez sem aposentadoria, quando o empregado fica desprotegido por não ter cumprido o período de carência de 12(doze) contribuições mensais, embora comprovada sua incapacidade laborativa.

32 – Em caso de doença do empregado, ocorre a interrupção do contrato de trabalho nos primeiros quinze dias, pois a remuneração deste continua sendo paga pelo empregador e o período é computado como tempo de serviço, para todos os efeitos legais. Do décimo - sexto dia em diante do afastamento do emprego por motivo de incapacidade laborativa total e temporária, é devido o benefício previdenciário denominado auxílio-doença,

que é de responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. A partir de então, fica suspenso o contrato até que cesse o benefício.

33 - Os benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez quando decorrentes de acidente de trabalho garantem estabilidade ao empregado pelo período de 12(doze) meses após o retorno. O período de afastamento do empregado é contado como tempo de serviço para efeito de indenização e estabilidade. O recebimento deste auxílio-doença pelo empregado representa interrupção do contrato de trabalho, pois acarreta ônus ao empregador, que deverá efetuar o depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

34 - O recebimento do auxílio-acidente pelo empregado não ocasiona a suspensão, nem a interrupção do contrato de trabalho.

35 – O salário-maternidade, além de garantir a estabilidade no emprego, acarreta a interrupção do contrato de trabalho, por persistirem alguns ônus ao empregador durante o período concessivo.

36 - A gestante tem direito à estabilidade desde a concepção (e não confirmação da gravidez) até 5(cinco) meses após o parto, independentemente de comunicação do estado gravídico ao empregador.

37 - As mães adotivas e as guardiãs também têm direito à estabilidade de até 5(cinco) meses após a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção, por ser essa a interpretação mais benéfica à empregada e a mais condizente com o ideal previdenciário: bem-estar e justiça sociais.

38 - Caso o empregador dispense a empregada no período de estabilidade, terá que indenizar este período, o que implica afirmar que o

mesmo será responsável pelo pagamento dos 120(cento e vinte) dias referentes ao salário-maternidade, sem poder deduzir o montante dos débitos junto ao INSS.

39 - Aquela que sofre aborto não criminoso (aborto legal ou espontâneo) tem direito a 2(duas) semanas de repouso remunerado (salário-maternidade atípico). Neste período ocorre a interrupção do contrato de trabalho, ficando assegurado o direito da empregada de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento. A estabilidade desta empregada é assegurada desde a confirmação da gravidez (concepção) até duas semanas após o aborto.

40 - O benefício previdenciário poderá ser recebido durante o aviso prévio, período segundo o qual o empregador ou o empregado comunica antecipadamente a vontade pela extinção do vínculo empregatício. Se o aviso prévio partir do empregado, não ocasionará qualquer efeito o recebimento do benefício previdenciário por este. No entanto, caso o aviso prévio tenha partido de ato volitivo do empregador, o recebimento de benefício previdenciário como o auxílio-doença suspende o contrato de trabalho, só podendo o aviso prévio irradiar seus efeitos após a cessação do benefício previdenciário.

41 - Durante o aviso prévio haverá estabilidade do empregado desde que o direito a esta tenha surgido antes do período do aviso. Não há que se falar em aquisição de estabilidade no transcurso do aviso prévio, salvo se decorrente de acidente de trabalho.

42 – O contrato por prazo determinado não garante ao(à) empregado(a) o direito à estabilidade. Também não existe a possibilidade de

suspensão ou interrupção deste contrato durante o recebimento de benefício pela previdência social, salvo as hipóteses de acidente de trabalho, ou em situações livremente estipuladas pelas partes.

43 – Mesmo após encerrado o contrato de trabalho, o recebimento de benefício previdenciário poderá atingi-lo. Assim, a gestante dispensada de forma imotivada pelo empregador terá direito à indenização relativa ao período referente aos 120(cento e vinte) dias de estabilidade. Nesta situação, é o empregador o responsável pelo salário-maternidade, já incluso no período indenizado.

44 – O desempregado que fica doente ou incapacitado em virtude de moléstia já existente antes do término do contrato de trabalho, deverá ter seu vínculo empregatício restabelecido.

45 – O prazo prescricional tem seu transcurso suspenso enquanto o contrato de trabalho se encontrar paralisado em virtude da concessão de benefício pela previdência, somente seguindo seu transcurso normal após a cessação do benefício.

46 – No caso do contrato extinto pela aposentadoria espontânea, o prazo prescricional para reclamar as verbas trabalhistas tem início ao término do último contrato com o mesmo empregador, caso o empregado continue trabalhando na mesma empresa após aposentar-se.

47 - O prazo prescricional para a gestante requerer sua estabilidade limita-se ao prazo desta (da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto), quando então este direito perde a razão de existir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLY, Raimundo Cerqueira. **Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho.** São Paulo: IOB, 2002.

ALVIM, Ruy Carlos Machado. Uma história crítica da legislação previdenciária Brasileira. **Revista de Direito do Trabalho 18.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 11-44.

_____**.** Um tema em foco coordenação: Aluysio Sampaio crítica da interpretação e da aplicação da legislação previdenciária. **Revista de Direito Social**, n. 8, Memória Histórica, Sapucaia do Sul/RS: Notadez, 2002.

ANTOKOLETZ, Daniel. **Tratado de Legislacion del trabajo e prevision social com referencias especiales al derecho Argentino y las demas republicas americanas**. Tomos I e II. Buenos Aires: Guilhermo Kraft Ltda, 1941.

ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “risco social”. **Revista dos Industriários 18,** de dezembro de 1950, p. 24-37.

AVILÉS, Antonio Ojeda. **Las pensiones de invalidez y vejez em la Unión Europea**. Madrid: Trotta, 1994.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1989.

_____. Contrato de trabalho e aposentadoria. **Revista de Direito Social**, ano 5, n. 20. Sapucaia do Sul/RS: Notadez, 2005.

_____ (coord.). **Curso de Direito Previdenciário**: em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.

_____. O Valor Social do Trabalho. **Revista LTr** 58-10/1167-1178. São Paulo: LTr Editora Ltda., outubro de 1994.

_____. Introdução à Seguridade Social**. In: Introdução ao Direito Previdenciário,** coordenação de Meire Lúcia Gomes Monteiro. São Paulo: LTr Editora Ltda., 1998, p. 9-85.

_____. O Direito Constitucional à Saúde. **Revista de Previdência Social**. São Paulo: Ano XVI, n. 134, 1992.

_____. O Direito do Trabalho e a Questão Social. In: **Temas Atuais de Direito** - Edição Comemorativa do Jubileu de Prata da Academia Paulista de Direito, coordenação de Milton Paulo de Carvalho. São Paulo: LTr Editora Ltda., 1990, p. 183-212.

_____. **Sistema de Seguridade Social.** 4. ed.. São Paulo: LTr, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de (coord.). **Curso de Direito do Trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá. 3. ed. rev. atual. e ampl., vols. 1 e 2. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios Constitucionais Brasileiros. **Revista Trimestral de Direito Público**, n.1, pág. 168-185.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Rescisão contratual trabalhista: despedida arbitrária individual/coletiva:** a rescisão contratual em face da CF/88. São Paulo: LTr, 1997.

BEVERIDGE, William. **Social Insurance and Allied Services**. Trad. Almir de Andrade. O *Plano Beveridge.* Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1943.

BUFILL, Carlos Marti. La Seguridad Social Y La Salud. In: **Série Estúdios,** Organízación Iberoamerícana de Seguridad Social, Madrid, novembro de 1974.

CALDERA, Rafael. **Relação de Trabalho.** Trad. Carmen Dolores Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

CARDONE, Marly A; CUSTODIO, Marcio Ferezin. **Legislação de previdência social anotada**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. Acidente e contrato do trabalho na nova Lei previdencial. **Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário**, n. 19, p. 333-332, 1. quinz. Out. 1991.

_____**. Advocacia Trabalhista.** 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Salário-maternidade na rescisão do contrato de trabalho: constitucionalidade do art. 97 do RePS. **Revista de Previdência Social**, v. 29, n. 291, p. 69-71, fev. 2005.

_____. **Seguro Social e Contrato de Trabalho**: contribuição ao estudo de suas principais relações. Saraiva: São Paulo, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Trad. A. Rodrigues Queiro. São Paulo: Saraiva, 1942.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 29. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 6. ed. rev. conforme as Emendas Constitucionais ns. 41 e 42 e a legislação em vigor até 14.3.2004. São Paulo: LTr, 2005.

CATHARINO, José Martins. **Coletânea de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1975.

_____. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Direito Constitucional e Direito Judiciário do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1995.

_____. **Em defesa da estabilidade** (despedida versus estabilidade). São Paulo: LTr, 1967.

_____. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1994.

CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

_____; CARDONE, Marly A. **Direito Social**: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho. 2.ed, v.I. São Paulo: LTr, 1993.

_____. **Natureza Jurídica do Contrato Individual de Trabalho**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1938.

_____. **Problemas de direito do trabalho**: pareceres. São Paulo: LTr, 1977.

_____. (coord.). **Tratado de Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1969.

CHATELAIN, Emile. **De la nature du contrat.** Paris: Félix Alcan Editeur, 1902.

COIMBRA, José dos Reis Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2003.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito de trabalho**: dogmática básica e princípios gerais: direito colectivo do trabalho: direito individual do trabalho, Coimbra, Livraria Almedina, 1999.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COTRIM NETO, A. B. **Dos contratos coletivos de trabalho** (esboço de uma teoria geral dos regulamentos intersindicais de serviços profissionais). Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F, 1940.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia**: história e grandes temas. 15. ed. reform. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

COTRIM, Gilberto Vieira. **Direito e Legislação**: introdução ao Direito. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Contrato de Trabalho**: caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DERZI, Heloisa Hernandez. **Os beneficiários da pensão por morte**: regime geral de previdência social. São Paulo: Lex Editora, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DUPEYROUX, Jean Jacques. **Droit de la securité sociale.** 13. ed. Paris: Dalloz, 1998.

_____. O Direito à Seguridade Social. Biblioteca do INSS. Artigo publicado em italiano, na **Rivista degli infortuni e delle malattie professionali** (Roma), fase n. 2, março/abril de 1961, p. 201-233.

DURAND, Paul. **La política contemporánea de Seguridad Social**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

FERNANDES, António de Lemos Monteiro. **Direito do trabalho**. 9. ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social:** prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Aposentadoria e contrato de trabalho: atualidades e reflexos decorrentes da jurisprudência do STF. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre/Rs: Notadez, Ano 23, n. 275, novembro de 2006, p. 7-14.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____**. Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direito do Trabalho**. Bahia: Edições Fórum, 1941.

GOMÉZ, Antonio Santana. **La interrupcion y la suspension como medidas cautelares em el procedimento disciplinario**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

GONÇALVES, Emílio. **Contrato de Trabalho**: aspectos gerais e especiais de sua problemática. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1981.

GONZALEZ, Bernardo Gonzalo**. Introduccion ao Derecho Internacional Espanol de Seguridad Social.** Madrid: Consejo Económico y Social, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRONDA, Juan. D. Ramírez. **Derecho Del Trabajo de La Republica Argentina**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1970.

HAJNAL, Ruth Aguilar. **Curso de Previdência Social.** 3. ed. São Paulo: SESI - Serviço Social da Indústria, 1969.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____**. Salário-maternidade.** São Paulo: Quartier Latin, 2004.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 7. ed. rev. e atual. até a EC 48/2005. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. **Desaposentação**. Niterói/RJ: Impetus, 2005. (Série Novos Direitos).

IGELMO, Alberto Jose Carro. **Curso de derecho del trabajo**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1991.

_____. **La suspensión del contrato de trabajo**. Barcelona: Bosch, 1959.

LACERDA, Dorval. **Aspectos Jurídicos do contrato de trabalho.** Rio de Janeiro: Edição da Revista do Trabalho, 1941.

LALLANA, M.ª Del Carmen Ortiz. **La extincion del contrato de trabajo por imposibilidad fisica de cumplimiento.** Madrid: Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

LAMARCA, Antonio. **Curso Normativo de Direito do Trabalho**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LASTRA, José Manuel Lastra. El trabajo en la imaginación apocalíptica. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nº. 114, 2005, p. 1089-1115.

Lei del Estatuto dos trabajadores. Disponível em: <http://209.85.165.104/search?q=cache:iwbNrl8I31wJ:www.mtas.es/itss/atencion_al_ciudadano/normativa/Estatuto_de_los_Trabajadores.pdf+%22Estatuto+de+los+trabajadores%22&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=4&gl=br&lr=lang_es>. Acesso em: 01/12/2006.

Ley Orgánica del Trabajo – LegislaciónVenezuela. Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/lot.html>. Acesso em: 10/01/2007.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito**: uma (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre/PR: Livraria do Advogado, 2001.

LEITE, Jorge, **Direito do trabalho**. Vols.1 e 2. Coimbra: Serviços de Acção Social da U.C., 1998-1999.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A prescrição no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

LORENZO, Ana M.ª de Miguel. **La extincion causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador**. Madrid: Civitas, 1993.

MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Breves Considerações sobre os Princípios da Seguridade Social. **Revista de Previdência Social**, v. 25, n. 251, p. 709-717, out. 2001.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

MAGANO, Octavio Bueno (coord.). **Curso de Direito do Trabalho**: em homenagem a Mozart Victor Russomano. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____**. Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1980-1993.

MAIA JR., Raul; PASTOR, Nelson (coord.). **Magno dicionário brasileiro de língua portuguesa**. São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 1995.

MANRIQUE, Francisco Javier Hernáez; ITURRI, Raul Tenés. **Lecciones de Seguridad Social.** Espanha: Librería Carmelo, 1997.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del Trabajo**. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. 2. ed. vols. 1 a 4. Campinas/SP: Bookseller, 2005.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Estudos de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1971.

_____. **Introdução ao direito do trabalho**. 6. ed. aum. e atual. São Paulo: LTr, 1993.

_____. **Temas atuais de trabalho e previdência**. São Paulo: LTr, 1975.

_____**. Tratado elementar de Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos L. A., 1965.

_____. **Pareceres de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1976.

MOTTA, Omar Gonçalves da. **Direito Administrativo do Trabalho**. Jornal do Comércio, 1944.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NEVES, Ilídio das. **Direito da Segurança Social** - Princípios Fundamentais Numa Análise Prospectiva. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto**. Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____ . **Manual da Monografia Jurídica**. 5. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____**. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Antonio Carlos de. **Beneficiários e benefícios da previdência social.** Noções atuais de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995, p. 467-489.

OLIVEIRA, Moacyr Velloso de. **A doutrina social ao alcance de todos**. São Paulo: LTr, 1991.

_____. Aspectos especiais do sistema brasileiro de proteção social. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**,n 35 p 41 a 68 jan 1973.

_____. Aspectos históricos e sociais da previdência social. **Revista de Previdência Social,** vol. 14 n. 115 p. 326 - 334 jun. 1990.

_____. A seguridade social na nova constituição federal brasileira. **Revista de Previdência Social**, vol. 14 n. 112 p. 145 – 154, março de 1990.

_____. Influência do direito previdenciário ou da seguridade social sobre o direito do trabalho. **Revista de Previdência Social,** vol. 13 n. 102 p. 275 -284 maio de 1989.

_____. **Previdência social**: doutrina e exposição da legislação vigente. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

_____. Seguro social e os riscos cobertos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 8.ª Região**, v. 5, n. 9, p. 31-44, jul./dez. 1972.

_____. Um novo conceito de Direito do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 12 n 70 p 62 a 67 nov/dez 1987.

_____. Um Pouco de história da previdência social o conselho nacional do trabalho e suas origens. **Revista de Previdência Social**, vol. 12 n. 90 p. 269 – 272, maio de 1988.

PODETTI, Humberto A., Los riesgos sociales, In: LOZANO, Nestor de Buen; VALENZUELA, Emilio Morgado (Coords.). **Instituciones de derecho del trabajo e de la seguridad social**. México: Academia Iberoamericana de

derecho del trabajo e de la seguridad social; Universidad Nacional Autónoma de México, 1997. (- Série G: Studios Doctrinales, n. 188).

Papa Bento XVI. **Carta Encíclica Deus Caritas est.** Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est_po.html>. Acesso em: 20/12/2006.

Papa João XXIII. **Carta Encíclica Mater Et Magistra**. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html>. Acesso em: 19/12/2006.

_____. **Carta Encíclica Pacem in terris**. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html>. Acesso em: 19/12/2006.

Papa João Paulo II. **Carta Encíclica Centesimus Annus**. Disponível em: < http://www.vatican.edu/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html>. Acesso em: 20/12/2006.

_____. **Carta Encíclica Laborem Exercens**. Disponível em: < http://benedictumxvi.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens_po.html>. Acesso em: 19/12/2006.

Papa Leão XIII. **Carta encíclica Rerum Novarum**. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 19/12/2006.

Papa Paulo VI. **Carta Encíclica Populorum Progressio**. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum_po.html>, acesso em 19/12/2006.

Papa Pio XI. Carta Encíclica **Divini Redemptoris.** Disponível em: < http://www.montfort.org.br/index.php?secao=documentos&subsecao=enciclicas&artigo=divini_redemptoris&lang=bra>. Acesso em: 19/12/2006.

PASTOR, Jose Manuel Almansa. **Derecho de la Seguridad Social**. 7.ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil***.* 19. ed., vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERSIANI, Mattia. **Diritto della previdenza sociale**. 5. ed. Padova: Cedam, 1992.

PIMENTA, Joaquim. **Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho**. 5. ed., vols. 1 e 2. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad. De Wagner D. Giglio. 3. ed. Atual. São Paulo: LTr, 2000.

PÓVOAS, Manuel Soares. **Na rota das instituições do bem estar:** seguro e previdência. São Paulo: Green Forest do Brasil, 2000.

PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

RAWLS, John. **Justiça como eqüidade:** uma reformulação. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. – (Justiça e Direito)

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Saraiva. 1991.

_____. **Fundamentos do Direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____**. Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O Direito como Experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1992.

_____. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**: parte geral. Tradução: Cabral de Moncada. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva & C, 1934.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** parte geral. 22. ed., Vol. 1. Saraiva: São Paulo, 1991.

RODRÍGUEZ, Américo Plá. Personas protegidas, asegurados e beneficiários, Cap. 37, In: LOZANO, Nestor de Buen; VALENZUELA, Emilio Morgado (Coords.). **Instituciones de derecho del trabajo e de la seguridad social**. México: Academia Iberoamericana de derecho del trabajo e de la seguridad social; Universidad Nacional Autónoma de México, 1997. (- Série G: Studios Doctrinales, n. 188).

ROMITA, Arion Sayão (coord). **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**, v. 1 e 2. São Paulo: LTr, 1991 (Estudos em homenagem ao Professor Amauri Mascaro Nascimento).

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais.** Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

RÜLU JÚNIOR, Antônio. Previdência e Direitos Sociais. **Tribuna da Magistratura**, novembro/dezembro de 1999, p. 26-27.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Aspectos do Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1962.

_____. **Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. (v. 1).

_____**. Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Curitiba/PR: Juruá, 1997.

_____. **Direito do Trabalho (pareceres).** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. **O Empregado e o Empregador no direito brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Temas atuais de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

SAMPAIO, Aluysio. **Contratos de trabalho por prazo determinado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Contrato individual do trabalho em sua vigência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Dicionário de Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de Direito do Trabalho**. Trad. Élson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.

SARLET, Ingo Wolfganag. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos**

Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2002.

SCOGNAMIGLIO, Renato. **Diritto del lavoro**. 2. ed. Roma/Bari: Laterza: 2005.

SETTE, André Luiz Menezes. **Direito Previdenciário Avançado**. Belo Horizonte/MG: Mandamentos, 2004.

SILVA, Carlos Alberto Barata. **Compêndio de direito do trabalho:** parte geral e contrato individual de trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1983.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. vols. I a IV. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. vols. 1 e 2. São Paulo: LTr, 2005.

_____; CARVALHO, Luiz Inácio B. **Direito do Trabalho e Previdência Social.** São Paulo: LTr, 2002, vol. X.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1968.

TEIXEIRA, Márcia (org.). **Aposentadoria.** Rio de Janeiro: Esplanada: ADCOAS, 1997.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vols. 1 e 2. São Paulo: 2004.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social**: custeio e benefícios. São Paulo: LTr, 2005.

VIEIRA, Marco André Ramos. **Manual de Direito Previdenciário**: teoria, jurisprudência e 580 questões. 6. ed. rev. e atual. até a EC 52/2006. Niterói/RJ: Impetus, 2006.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

YASBEK, Maria Carmelita. **Classes subalternas e assistência social.** São Paulo: Cortez, 1993.